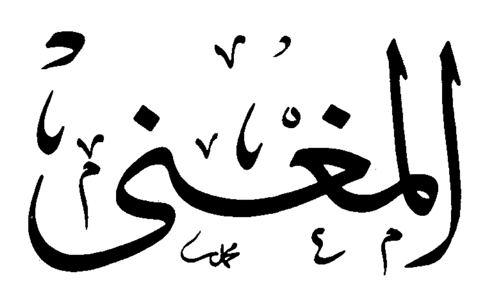


لمُوَفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة
المقْدسيّ الجمَّاعِيليّ الدِّمَشْقيّ الصَّالحِيّ الحَنْبَلِيّ
٥٤١ - ٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور
عبد الله بن عبد المحسن التركي

الدكتور
عبد الفتاح محمد الحلو

الجزء الحادي عشر

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغني

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

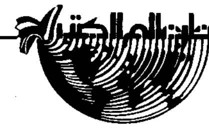
الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة



دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع

العليا ـ غرب مؤسسة التحلية ـ ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ ـ الرياض ١١٤٤٢ ـ تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتابُ الإيلاءِ

الإيلاءُ فى اللُّغَةِ : الحَلِفُ . يقالُ : آلَى يُولِى إيلاءً وأَلِيَّةً . وجَمْعُ الأَلِيَّةِ أَلَايَا ، قال الشَّاعِرُ[1] :

قَلِيلُ الأَلَايَا حافِظٌ لِيَمِينِهِ إذا صَدَرَتْ مِنْهُ الأَلِيَّةُ بَرَّتِ

/ ويُقالُ : تَأَلَّى يَتَأَلَّى . وفى الخَبَرِ : « مَنْ يَتَأَلَّ عَلَى اللهِ يُكَذِّبْهُ » . فأمَّا الإيلاءُ فى الشَّرْعِ ، فهو الحَلِفُ على تَرْكِ وَطْءِ المَرْأَةِ . والأَصْلُ فِيهِ قولُ اللهِ تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[2] . وكان أُبَىُّ بنُ كَعْبٍ وابنُ عَبَّاسٍ يَقْرَآنِ : « يُقْسِمُونَ »[3] . ٥٨/٨و

١٢٩٨ – مسألة ؛ قال : (وَالْمُولِى الَّذِى يَحْلِفُ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ لَا يَطَأَ زَوْجَتَهُ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ)

وجُملتُهُ أَنَّ شُرُوطَ الإيلاءِ أَرْبَعَةٌ ؛ أحدُها ، أنْ يَحْلِفَ باللهِ تعالى أو بصِفَةٍ مِنْ صِفاتِه . ولا خِلافَ بينَ أَهْلِ العِلْمِ فى أَنَّ الحَلِفَ بذلك إيلاءٌ . فأَمَّا إنْ حَلَفَ على تَرْكِ الوَطْءِ بغيرِ هذا ، مِثْلَ أَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ ، أو عَتاقٍ ، أو صَدَقَةِ المَالِ ، أو الْحَجِّ ، أو الظِّهارِ ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يكونُ مُولِيًا . وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ القَدِيمِ . والرِّوايَةُ الثَّانِيَةُ ، هو مُولٍ . ورُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قال : كُلُّ يَمِينٍ مَنَعَتْ جِماعَها ، فهى إيلاءٌ[1] .

---

(١) البيت لكثير عزة . ديوانه ٣٢٥ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر : تفسير القرطبى ٣ / ١٠٢ .

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب كل يمين منعت الجماع ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٨١ .

وبذلك قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالِكٌ ، وأَهْلُ الْحِجَازِ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حَنِيفَةَ ، وأَهْلُ الْعِراقِ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وغيرُهم ؛ لأَنَّهَا يَمِينٌ مَنَعَتْ جِمَاعَها فكانتْ إيلاءً ، كالحَلِفِ باللهِ تعالى ، ولأَنَّ تَعْلِيقَ الطَّلاقِ والعَتاقِ على وَطْئِها حَلِفٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّه لو قال : متى حَلَفْتُ بطلاقِكِ ، فأنْتِ طَالِقٌ . ثم قال : إنْ وَطِئْتُكِ ، فأنْتِ طالِقٌ . طَلُقَتْ فى الحالِ . وقال أبو بكرٍ : كُلُّ يَمِينٍ مِنْ حَرَامٍ أو غيرِها ، يَجِبُ بها كَفَّارَةٌ ، يكونُ الحَالِفُ بها مُولِيًا . وأَمَّا الطَّلاقُ والعَتاقُ ، فليس الحَلِفُ به إيلاءً ؛ لأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ به حَقُّ آدَمِىٍّ ، وما أَوْجَبَ كَفَّارَةً تَعَلَّقَ بها حَقُّ اللهِ تعالى . والرِّوَايَةُ الأُولَى هى المَشْهُورَةُ ؛ لأَنَّ الإيلاءَ المُطْلَقَ إنَّما هو القَسَمُ ، ولهذا قَرَأَ أُبَىٌّ وابنُ عَبَّاسٍ : «يُقْسِمُونَ» . مكانَ : ﴿ يُؤْلُونَ ﴾ . ورُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ فى تَفْسِيرِ ﴿ يُؤْلُونَ ﴾ . قال : يَحْلِفُونَ باللهِ . هكذا ذَكَرَهُ الإمامُ أحمدُ . وَالتَّعْلِيقُ بشَرْطٍ ليس بقَسَمٍ ، ولهذا لَا يُؤْتَى فيه بحَرْفِ القَسَمِ ، ولا يُجَابُ بِجَوَابِه ، ولا يَذْكُرُهُ أهلُ العَرَبِيَّةِ فى بابِ القَسَمِ ، فلا يكونُ إيلاءً ، وإنَّما يُسَمَّى حَلِفًا تَجَوُّزًا ، لِمُشارَكَتِه القَسَمَ فى الْمَعْنَى الْمَشْهُورِ فى الْقَسَمِ ، وهو الْحَثُّ على الفِعْلِ أو الْمَنْعُ منه ، أو تَوْكِيدُ الخَبَرِ ، والْكلامُ عند إطْلاقِه لِحَقِيقَتِهِ ؛ وَيَدُلُّ على هذا قَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[2] . وإنَّما يَدْخُلُ الْغُفْرانُ فى اليَمِينِ باللهِ . وأَيْضًا قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ / : « مَنْ حَلَفَ بغَيْرِ اللهِ فَقَدْ أَشْرَكَ »[3] . وقولُه : « إنَّ اللهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ » . مُتَّفَقٌ عليه[4] . وإنْ سَلَّمْنَا أَنَّ غَيْرَ

٥٨/٨ ظ

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا قتيبة ، حدثنا أبو خالد ... ، من كتاب النذور . عارضة الأحوذى ٧ / ١٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٧ ، ٢ / ٣٤ ، ٦٩ ، ٨٧ ، ١٢٥ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب أيام الجاهلية ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب من لم ير إكفار من قال ذلك متأولا أو جاهلا ، من كتاب الأدب ، وفى : باب لا تحلفوا بآبائكم ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب السؤال بأسماء الله تعالى والاستعاذة بها ، من كتاب التوحيد ، صحيح البخارى ٥ / ٥٣ ، ٨ / ٣٣ ، ١٦٤ ، ٩ / ١٤٧ . ومسلم ، فى : باب النهى عن الحلف بغير الله تعالى ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٦ ، ١٢٦٧ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الحلف بغير الله ، وباب حدثنا قتيبة ، من كتاب النذور . عارضة الأحوذى ٧ / ١٦ – ١٨ . والنسائى ، فى : باب التشديد فى الحلف بغير الله تعالى ، وباب الحلف بالآباء ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٧ / ٤ ، ٥ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يحلف بغير الله ، =

القَسَمِ حَلِفٌ ، لٰكِنِ الْحَلِفُ بِإِطْلاقِهِ إِنَّمَا يَنْصَرِفُ إلى القَسَمِ ، وإِنَّمَا يُصْرَفُ إلى غيرِ القَسَمِ بدَلِيلٍ ، ولا خِلافَ فى أَنَّ القَسَمَ بغيرِ اللهِ تعالى وصِفَاتِهِ لا يكونُ إيلاءً ؛ لأنَّه لا يُوجِبُ كَفَّارَةً ولا شَيْئًا يَمْنَعُ مِنَ[5] الْوَطْءِ ، فلا يكونُ إيلاءً ، كالخَبَرِ بغيرِ قَسَمٍ[6] . وإذا قُلْنا بالرِّوَايَةِ الثَّانيةِ فلا يكونُ مُولِيًا[7] إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ بما يَلْزَمُه بالحِنْثِ فيه[8] حَقٌّ ، كقولِه : إنْ وَطِئْتُكِ فعَبْدِى حُرٌّ . أو : فأنْتِ طالِقٌ . أو : فَأَنْتِ علىَّ[9] كظَهْرِ أُمِّى . أو : فأنْتِ علىَّ حَرامٌ . أو : فلِلَّهِ علىَّ صَوْمُ سَنَةٍ أو الحَجُّ أو صَدَقَةٌ . فهذا يكونُ إيلاءً ؛ لأنَّهُ يَلْزَمُهُ بوطْئِها حَقٌّ يَمْنَعُهُ مِنْ وَطْئِهَا خَوْفُهُ مِن وُجوبِه . وإنْ قال : إنْ وَطِئْتُكِ فَأَنْتِ زَانِيَةٌ . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّهُ لا يَلْزَمُهُ بالْوَطْءِ حَقٌّ ، ولا يَصِيرُ قَاذفًا بالْوَطْءِ ؛ لأنَّ القَذْفَ لا يَتَعَلَّقُ بالشَّرْطِ ، ولا يجوزُ أنْ تَصِيرَ زَانِيَةً بوَطْئِهِ لها ، كما لا تَصِيرُ زَانِيَةً بطُلُوعِ الشمسِ . وإنْ قال : إنْ وَطِئْتُكِ ، فلِلَّهِ علىَّ صَوْمُ هذا الشَّهْرِ . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّهُ لو وَطِئَهَا بعدَ مُضِيِّه ، لم يَلْزَمْهُ حَقٌّ ، فإنَّ صَوْمَ هذا الشَّهْرِ لا يُتَصَوَّرُ بعدَ مُضِيِّهِ ، فلا يُلْزَمُ بالنَّذْرِ ، كما لو قال : إنْ وَطِئْتُكِ ، فلِلَّهِ علىَّ صَوْمُ أَمْسِ . وإنْ قال : إنْ وَطِئْتُكِ ، فَلِلَّهِ علىَّ أَنْ أُصَلِّىَ عشرين رَكْعَةً . كان مُولِيًا . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يكونُ مُولِيًا ؛ لأنَّ الصَّلاةَ لا يَتَعَلَّقُ بها مَالٌ ، ولا تَتَعَلَّقُ بمَالٍ ، فلَا يكونُ الحَالِفُ بها مُولِيًا ، كما لو قال : إنْ وَطِئْتُكِ ، فلِلَّهِ عَلَىَّ أَنْ أَمْشِىَ فى السُّوقِ . ولَنا ، أَنَّ الصَّلاةَ تَجِبُ بالنَّذْرِ ، فكانَ الحَالِفُ بِهَا مُولِيًا ، كالصَّوْمِ والحَجِّ ، وما ذَكَرَهُ[10] لَا يَصِحُّ ؛ فإنَّ الصَّلاةَ تَحْتاجُ إلى المَاءِ والسُّتْرَةِ . وأَمَّا الْمَشْىُ فى السُّوقِ ، فقياسُ المَذهبِ عَلى هذه الرِّوَايَةِ ، أَنَّه يكونُ مُولِيًا ؛

= من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٧ . والإمام مالك ، فى : باب جامع الأيمان ، من كتاب النذور والأيمان . الموطأ ٢ / ٤٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٧ ، ٨ ، ١١ ، ١٧ ، ٢٠ ، ٤٨ ، ٧٦ ، ٥ / ٦٢ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى م : « القسم » .

(٧) فى م : « مواليا » .

(٨) فى الأصل : « فيكون » .

(٩) سقط من : الأصل ، ب .

(١٠) فى م : « ذكروه » .

لأَنَّهُ يَلْزَمُه بالحِنْثِ فى هذا النَّذْرِ أحدُ شَيْئَيْن ؛ إمَّا الكَفَّارَةُ ، وإمَّا المَشْىُ ، فقد صارَ الحِنْثُ مُوجِبًا لِحَقٍّ عليه ، فعلى هذا يَكونُ مُولِيًا بِنَذْرِ فِعْلِ المُباحاتِ والمَعاصِى أيضا ، فإنَّ نَذْرَ المَعْصِيَةِ مُوجِبٌ لِلكفَّارَةِ فى ظاهِرِ المذهبِ ، وإنْ سَلَّمْنا ، فالفَرْقُ بينهما أنَّ المَشْىَ لا يَجِبُ بالنَّذْرِ ، بخِلافِ مَسْألتِنا . وإذا اسْتَثْنَى فى يَمِينِه ، لم يكنْ مُولِيًا فى قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لأَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ كَفَّارَةٌ بالحِنْثِ ، فلم يكنِ الْحِنْثُ مُوجِبًا لِحَقٍّ عليه . وهذا إذا كانتِ اليَمِينُ باللهِ تعالى ، أو كانتْ يَمِينًا مُكَفَّرَةً ، فأمَّا الطَّلاقُ والعَتاقُ ، فمَنْ جَعَلَ الاسْتِثْناءَ فيهما غيرَ مُؤَثِّرٍ ، فوُجُودُهُ كعَدَمِهِ / ، ويكونُ مُولِيًا بهما ، سَوَاءٌ اسْتَثْنَى أو لم يَسْتَثْنِ .

٥٩/٨و

فصل : الشَّرْطُ الثَّانِى ، أنْ يَحْلِفَ على تَرْكِ الْوَطْءِ أكْثَرَ مِنْ أربعةِ أشْهُرٍ . وهذا قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وطاوُسٍ ، وسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، ومالِكٍ ، والأَوْزاعِىِّ ، والشَّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأبى عُبَيْدٍ[١١] . وقال عَطاءٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ : إذَا حَلَفَ على أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فما زادَ ، كانَ مُولِيًا . وحَكَى ذلك القاضى وأبو الحسينِ رِوَايَةً عن أحمدَ ؛ لأَنَّهُ مُمْتَنِعٌ مِن الْوَطْءِ بِاليَمِينِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فكانَ مُولِيًا ، كما لو حَلَفَ على ما زادَ . وقال النَّخَعِىُّ ، وقَتَادَةُ ، وحَمَّادٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وإسحاقُ : مَنْ حَلَفَ على تَرْكِ الْوَطْءِ فى قَلِيلٍ مِنَ الأَوْقاتِ أو كَثِيرٍ ، وتَرَكَها[١٢] أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فهو مُولٍ ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[١٣] . وهذا مُولٍ ؛ فَإنَّ الإِيلاءَ الحَلِفُ ، وهذا حَالِفٌ . ولَنا ، أنَّهُ لم يَمْنَعْ نَفْسَهُ مِنَ الْوَطْءِ بِالْيَمِينِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، فلم يكنْ مُولِيًا ، كما لو حَلَفَ على تَرْكِ قُبْلَتِها . والآيَةُ حُجَّةٌ لنا ؛ لأنَّه جَعَلَ له تَرَبُّصَ أَرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، فإذا حَلَفَ على أَرْبَعَةِ أشْهُرٍ أو ما دُونَها ، فلا مَعْنَى لِلتَّرَبُّصِ ؛ لأَنَّ مُدَّةَ الإِيلاءِ تَنْقَضِى قبلَ ذلك أو مع[١٤] انْقِضائِه . وتَقْدِيرُ التَّرَبُّصِ بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ يَقْتَضِى كَوْنَه فى مُدَّةٍ تَناوَلَها

---

(١١) فى م : « وأبى عبيدة » .

(١٢) فى ا : « فتركها » .

(١٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(١٤) فى م : « ومع » .

الإيلاءُ ، ولأنَّ المُطالَبَةَ إنَّما تكونُ بعدَ [١٥]أربَعةِ أشْهرٍ[١٥] ، فإذا انْقضَتِ المُدَّةُ بأرْبَعةٍ فما دُونَ ، لم تَصِحَّ المُطالَبَةُ مِنْ غَيْرِ إيلاءٍ ، وأبو حَنيفَةَ ومَنْ وافقَه بَنَوْا ذلك على قَوْلِهم فى الفَيْئةِ أنَّها تكونُ فى مُدَّةِ الأرْبَعةِ الأشْهرِ[١٦] ، وظاهِرُ الآيَةِ خِلافُه ؛ فإنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ فَآءُوا ﴾[١٧] . فعَقَّبَ[١٨] الفَيْئةَ[١٩] عَقِيبَ التَّرَبُّصِ بفاءِ التَّعْقيبِ ، فيَدُلُّ على تأخُّرِها عنه . إذا ثَبَتَ هذا ، فحُكِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أنَّ المُولِىَ مَنْ يَحْلِفُ على تَرْكِ الوَطْءِ أبَدًا أو مُطْلَقًا[٢٠] ؛ لأنَّه إذا حَلَفَ على ما دُونَ ذلك[٢١] ، أمْكَنَه التَّخَلُّصُ بغيرِ حِنْثٍ ، فلم يكنْ مُولِيًا ، كما لو حَلَفَ لا وَطِئَها فى مدينةٍ بعَيْنِها . ولَنا ، أنَّه لا يُمْكِنُه التَّخَلُّصُ بعدَ التَّرَبُّصِ مِن يَمِينِه بغيرِ حِنْثٍ ، فأشْبَهَ المُطْلَقَةَ ، بخِلافِ اليَمِينِ على مدينةٍ مُعَيَّنَةٍ ، فإنَّه يُمْكِنُه[٢٢] التَّخَلُّصُ بغيرِ الحِنْثِ[٢٣] ، ولأنَّ الأرْبَعَةَ الأشْهُرَ مُدَّةٌ تَتَضَرَّرُ المَرْأةُ بتأْخِيرِ الوَطْءِ عنها ، فإذا حَلَفَ على أكْثَرَ منها كان مُولِيًا كالأبَدِ . ودَلِيلُ الوَصْفِ ما رُوِىَ أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، كان يطُوفُ لَيْلَةً فى المَدِينَةِ ، فسَمِعَ امْرَأةً تقولُ[٢٤] :

/ تَطَاوَلَ هَذا اللَّيْلُ وَازْوَرَّ جانِبُه ... وَلَيْسَ إلَى جَنْبِى خَلِيلٌ أُلاعِبُهْ ‏ ٥٩/٨ ظ

فَوَاللهِ لَوْلا اللهُ لا شَىْءَ غَيْرُه ... لَزُعْزِعَ مِنْ هذا السَّرِيرِ جَوانِبُهْ

(١٥-١٥) فى ا : « الأربعة الأشهر » . وفى ب : « أربعة الأشهر » .

(١٦) فى الأصل ، ب ، م : « أشهر » .

(١٧) ورد تمام الآية فى ا : ﴿ فإن الله غفور رحيم ﴾ .

(١٨) فى ا : « فعقبت » .

(١٩) فى ب ، م : « الفىء » .

(٢٠) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٨٠ . والإمام الشافعى ، فى : الباب الثانى فى الإيلاء ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢ / ٤٢ . وعبد الرزاق ، فى : باب الإيلاء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٤٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٦ .

(٢١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٢) فى ب ، م : « يمكن » .

(٢٣) فى ا : « حنث » .

(٢٤) تقدمت القصة والأبيات فى : ١٠ / ٢٤٠ ، ٢٤١ .

مَخافَـةُ رَبِّـى والحَيـاءُ يَكُفُّنِـــى   وأُكْـرِمُ بَعْلى أنْ تُنـــالَ مَراكِبُـــهُ

فسأَلَ عمرُ نِساءً : كم تَصْبِرُ المَرْأَةُ عن الزَّوْجِ ؟ فَقُلْنَ : شَهْرَيْنِ ، وفى الثَّالثِ يَقِلُّ الصَّبْرُ ، وفى الرَّابع ينْفَدُ الصَّبْرُ . فكتَبَ إلى أُمَراءِ الأَجْنادِ ، أَنْ لا تَحْبِسُوا رَجُلًا عن امْرَأَتِه أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ .

فصل : وإذا عَلَّقَ الإِيلاءَ بِشَرْطٍ مُسْتَحِيلٍ ، كقولِه : واللهِ لا وَطِئْتُكِ حَتَّى تَصْعَدِى السَّماءَ ، أو تَقْلِبِى الحَجَرَ ذَهَبًا ، أو يَشِيبَ الغُرابُ . فهو مُولٍ ؛ لأَنَّ معنى ذلك تَرْكُ وَطْئِها ؛ فإنَّ ما يُرادُ إحالَةُ وُجودِه يُعَلَّقُ على المُسْتَحِيلاتِ . قال اللهُ تعالى فى الكُفَّارِ : ﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ ٱلْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ ﴾[٢٥] . ومَعْناه لا يَدْخُلُونَ الجَنَّةَ أَبَدًا . وقال بعضهم[٢٦] :

إذا شابَ الغُـرابُ أَتَـيْتُ أَهْلى   وصارَ القـارُ كاللَّبَـنِ الحَلِـيبِ

وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ حتى تَحْبَلِى . فهو مُولٍ ؛ لِأَنَّ حَبَلَها بغيرِ وَطْءٍ مُسْتَحِيلٌ عادَةً ، فهو كصُعُودِ السَّماءِ . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وأصْحابُ الشَّافِعِىِّ : ليس بِمُولٍ إِلَّا أنْ تكونَ صَغِيرَةً يَغْلِبُ على الظَّنِّ أَنَّها لا تَحْمِلُ فى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أو آيِسَةً ، فأمَّا إنْ كانتْ مِنْ ذواتِ الأَقْراءِ ، فلا يكونُ مُولِيًا ؛ لأَنَّه يُمْكِنُ حَمْلُها . قال القاضى : وإذا كانَتِ الصَّغِيرَةُ بِنْتَ تِسْعِ سِنِينَ[٢٧] ، لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأَنَّ حَمْلَها مُمْكِنٌ . ولَنا ، أنَّ الحَمْلَ بِدُونِ الوَطْءِ مُسْتَحِيلٌ عادَةً ، فكانَ تَعْلِيقُ اليَمِينِ عليه إيلاءً ، كصُعُودِ السَّماءِ . ودليلُ اسْتِحالَتِه قَوْلُ مَرْيَمَ : ﴿ أَنَّى يَكُونُ لِى غُلَامٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِى بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ بَغِيًّا ﴾[٢٨] . وقولُهم : ﴿ يَٰٓأُخْتَ هَٰرُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ ٱمْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ

---

(٢٥) سورة الأعراف ٤٠ .

(٢٦) تقدم فى : ١٠ / ٤٧٥ .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) سورة مريم ٢٠ .

بَغِيًّا ﴾[29] . ولولا استِحالَتُه لَمَا نَسَبُوها إلى البِغاءِ بوُجُودِ[30] الوَلَدِ ، وأيضا قولُ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه : الرَّجْمُ حَقٌّ على مَن زَنَى وقد أُحْصِنَ ، إذا قامَتْ به البَيِّنَةُ ، أو كان الحَبَلُ ، أو الاعْتِرافُ[31] . ولأنَّ العادَةَ أنَّ الحَبَلَ لا يُوجَدُ مِن غيرِ وَطْءٍ . فإنْ قالوا : يُمْكِنُ حَبَلُها مِنْ وَطْءِ غيرِه[32] ، أو باسْتِدْخالِ مَنِيِّه . قُلْنا : أمَّا الأوَّلُ فلا يَصِحُّ ؛ فإنَّه لو صَرَّحَ به فقالَ : لا وَطِئْتُكِ حتى تَحْبَلِي مِن غيرِي . أو : ما دُمْتِ فِي نِكاحِي . أو : حتى تَزْنِي . كان مُولِيًا ، ولو[33] صَحَّ ما ذَكَرُوه لم يكنْ مُولِيًا . وأمَّا الثَّاني فهو مِن المُسْتَحِيلاتِ عادَةً ، إنْ وُجِدَ كان مِنْ خَوارِقِ العاداتِ ، بدَلِيلِ ما / ذَكَرْناه . وقد قال أهْلُ الطِّبِّ : إنَّ المَنِيَّ إذا بَرَدَ لم يُخلَّقْ منه وَلَدٌ . وصَحَّحَ قَوْلَهم قِيامُ الأدِلَّةِ الَّتي ذَكَرْنا بَعْضَها ، وجَرَيانُ العادَةِ على وَفْقِ ما قالُوه . وإذا كان تَعْلِيقُه على مَوْتِه أو مَوْتِها أو مَوْتِ زَيْدٍ إيلاءً ، فَتَعْلِيقُه على حَبَلِها بغيرِ وَطْءٍ أوْلَى . وإنْ قال : أرَدْتُ بِقَوْلِي : حَتَّى تَحْبَلِي . السَّبَبِيَّةَ ، ولم أُرِدِ الغَايَةَ . ومعناه لا أطَأُكِ لِتَحْبَلِي . قُبِلَ منه ، ولم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّه ليس بحَالِفٍ على تَرْكِ الوَطْءِ ، وإنَّما هو حالِفٌ على قَصْدِ تَرْكِ الحَبَلِ بِهِ ، فإنَّ حتى تُسْتَعْمَلُ بمَعْنَى السَّبَبِيَّةِ .

٦٠/٨و

فصل : وإنْ عَلَّقَهُ على غيرِ مُسْتَحِيلٍ ، فذلك على خَمْسَةِ أَضْرُبٍ ؛ أحَدُها ، ما

---

(٢٩) سورة مريم ٢٨ .

(٣٠) فى ا ، م : « لوجود » .

(٣١) أخرجه البخارى ، فى : باب الاعتراف بالزنى ، وباب رجم الحبلى من الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح البخارى ٨ / ٢٠٨ ، ٢٠٩ . ومسلم ، فى : باب رجم الثيب فى الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣١٧ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى تحقيق الرجم ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجم ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٣ ، ٨٥٤ . والدارمى ، فى : باب فى حد المحصنين بالزناء ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٧٩ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ٨٢٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٠ ، ٥٥ .

(٣٢) فى ب ، م : « الغير » .

(٣٣) فى ا : « فلو » .

يُعْلَمُ أنَّه لا يُوجَدُ قبلَ أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، كقِيامِ السَّاعَةِ ، فإنَّ لَها عَلاماتٍ تَسْبِقُها ، فلا يُوجَدُ ذلكَ فى أرْبَعَةِ أشْهُرٍ . وكذلك إنْ قال : حتى تَأْتِيَ الهِنْدَ . أو نَحْوَه . فهذا مُولٍ ؛ لأنَّ يَمِينَه على أكْثَرَ مِنْ أرْبَعَةِ أشْهُرٍ . الثَّانِى ، ما الغالِبُ أنَّه لا يُوجَدُ فى أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، كخُرُوجِ الدَّجَّالِ ، والدَّابَّةِ ، وغيرِهما مِن أشْراطِ السَّاعَةِ ، أو يقول : حتى أمُوتَ . أو : تَمُوتِى . أو : يَمُوتَ وَلَدُكِ . أو : زَيْدٌ . أو : حَتَّى يَقْدَمَ زَيْدٌ مِن مَكَّةَ . والعَادَةُ أنَّه لا يَقْدَمُ فى أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، فيكونُ[٣٤] مُولِيًا ؛ لأنَّ الغالِبَ أنَّ ذلك لا يُوجَدُ فى أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، فأشْبَهَ ما لو قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ فى نِكَاحِى هذا . وكذلك لو عَلَّقَ الطَّلاقَ على مَرَضِها ، أو مَرَضِ إنْسانٍ بعَيْنِه . الثَّالِثُ ، أنْ يُعَلِّقَه على أمْرٍ يَحْتَمِلُ الوُجودَ فى أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُوجَدَ ، احْتِمالًا مُتَساوِيًا ، كقُدُومِ زَيْدٍ مِن سَفَرٍ قَرِيبٍ ، أو مِنْ سَفَرٍ لا يُعْلَمُ قَدْرُه ، فهذا ليس بإيلاءٍ ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ حَلِفُه على أكْثَرَ مِن أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، ولا يُظَنُّ ذلك . الرَّابِعُ ، أنْ يُعَلِّقَه على ما يُعْلَمُ أنَّه يُوجَدُ فى أقَلَّ مِن أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، أو يُظَنُّ ذلك ، كذُبُولِ بَقْلٍ ، وجَفافِ ثَوْبٍ ، ومَجِيءِ المَطَرِ فى أوانِه ، وقُدُومِ الحَاجِّ فى زَمانِه . فهذا لا يكونُ مُولِيًا ؛ لِمَا ذَكَرْناه ، ولأنَّه لم يَقْصِدِ الإِضْرارَ بتَرْكِ وَطْئِها أكْثَرَ مِن أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، فأشْبَهَ ما لو قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ شَهْرًا . الخامِسُ ، أنْ يُعَلِّقَه على فِعْلٍ منها ، هى قادِرَةٌ عليه ، أو فِعْلٍ مِنْ غيرِها . وذلك يَنْقَسِمُ أقْسامًا ثلاثةً ؛ أحدُها ، أنْ يُعَلِّقَه على فِعْلٍ مُباحٍ لا مَشَقَّةَ فيه ، كقَوْلِه : واللهِ لا أطَأُكِ حتى تَدْخُلِى الدَّارَ . أو : تَلْبَسِى هذا الثَّوْبَ . أو : حتى أتَنَفَّلَ بصَوْمِ يَوْمٍ . أو : حتى أكْسُوَكِ . فهذا ليس بإيلاءٍ ؛ لأنَّه مُمْكِنُ الوُجُودِ بغيرِ ضَرَرٍ / عليها فيه ، فأشْبَهَ الذى قَبْلَه . والثَّانِى ، أنْ يُعَلِّقَه على مُحَرَّمٍ ، كقولِه : واللهِ لا أطَأُكِ حتى تَشْرَبِى الخَمْرَ . أو : تَزْنِى . أو : تُسْقِطِى وَلَدَكِ . أو : تَتْرُكِى صَلاةَ الفَرْضِ . أو : حتى أقْتُلَ زَيْدًا . أو نحوه . فهذا إيلاءٌ ؛ لأنَّه عَلَّقَه بمُمْتَنِعٍ شَرْعًا ، فأشْبَهَ المُمْتَنِعَ حِسًّا . الثَّالِثُ ، أنْ يُعَلِّقَه على ما على فاعِلِه فيه مَضَرَّةٌ ، مثل أنْ يقولَ : واللهِ لا أطَأُكِ حتى تُسْقِطى صَداقَكِ عنِّى . أو :

٨/٦٠ظ

(٣٤) فى ا ، ب : « فإنه يكون » .

حتى تَكْفُلِى وَلَدِى . أو : تَهبِينِى دَارَكِ . أو : حتى يَبِيعَنِى أبوكِ دَارَه . أو : نحو[35] ذلك . فهذا إيلاءٌ ؛ لأنَّ أَخْذَه لِمَالِها أو مالِ غيرِها مِن غيرِ رِضَى صاحِبِه مُحَرَّمٌ، فجَرَى مَجْرَى شُرْبِ الخَمْرِ . وإنْ قال : واللهِ لا أَطَأُكِ حتى أُعْطِيَكِ مالًا . أو : أَفْعَلَ فى حَقِّكِ جَمِيلًا . لم يكنْ إيلاءً ؛ لأنَّ فِعْلَه لذلك ليس بِمُحَرَّمٍ ولا مُمْتَنِعٍ ، فجرَى مَجْرَى قَوْلِه : حتى أَصومَ يَوْمًا .

فصل : وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ إلَّا برضاكِ . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّهُ يُمْكِنُه وَطْؤُها بغيرِ حِنْثٍ ، ولأنَّهُ مُحْسِنٌ فى كَوْنِه أَلْزَمَ نَفْسَه اجْتنابَ سَخَطِها . وعلى قِياسِ ذلك كُلُّ حالٍ يُمْكِنُه الوَطْءُ فيها بغيرِ حِنْثٍ ، كقوْلِه : واللهِ لا وَطِئْتُكِ مُكْرَهَةً ، أَوْ مَحْزُونَةً . ونحو ذلك ، فإنَّه لا يكونُ مُولِيًا . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ مَرِيضَةً . لم يكنْ مُولِيًا لذلك ، إلَّا أنْ يكونَ بها مَرَضٌ لا يُرْجَى بُرْؤُه ، أو لا يَزُولُ فى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فيَنْبَغِى أنْ يكونَ مُولِيًا ؛ لأنَّه حالِفٌ على تَرْكِ وَطْئِها أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . فإنْ قال ذلك لها وهى صَحِيحَةٌ، فمَرِضَتْ مَرَضًا يُمْكِنُ بُرْؤُه قبلَ أَرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، لم يَصِرْ مُولِيًا ، وإنْ لم يُرْجَ بُرْؤُه فيها ، صارَ مُولِيًا . وكذلك إنْ كان الغالِبُ أنَّه لا يَزُولُ فى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، صارَ مُولِيًا ؛ لأنَّ ذلك بمَنْزِلَةِ ما لا يُرْجَى زَوَالُه . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ حائِضًا . ولا نُفَساءَ ، و لا مُحْرِمَةً ، ولا صائِمَةً . ونحو هذا ، لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّ ذَلِكَ مُحَرَّمٌ مَمْنُوعٌ منه شَرْعًا ، فقد أَكَّدَ مَنْعَ نَفْسِه منه بيَمِينِه . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ طاهِرًا . أو : لا وَطِئْتُكِ وَطْئًا مُباحًا . صارَ مُولِيًا ؛ لأنَّه حالِفٌ على تَرْكِ الوَطْءِ الَّذِى يُطالَبُ به فى الفَيْئَةِ ، فكان مُولِيًا ، كما لو قال : واللهِ لَا وَطِئْتُكِ فى قُبُلِكِ . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ لَيْلًا . أو : واللهِ لا وَطِئْتُكِ نَهارًا . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّ الوَطْءَ يُمْكِنُ بدُونِ الحِنْثِ . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ فى هذه البَلْدَةِ . أو : فى هذا البَيْتِ . أو نحو ذلك مِن الأَمْكِنَةِ المُعَيَّنَةِ ، لم يكنْ مُولِيًا . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، والأَوْزاعِىِّ ، والشَّافِعِىِّ / ، والنُّعْمَانِ ، وصاحِبَيْهِ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى ، وإسْحاقُ : هو ٨/٦١و

---

(٣٥) فى ا : « ونحو » .

مُولٍ ؛ لأنَّه حالِفٌ على تَرْكِ وَطْئِها . وَلَنا ، أنَّه يُمْكِنُ وَطْؤُها بغيْرِ حِنْثٍ ، فلم يَكُنْ مُولِيًا ، كما لو اسْتَثْنَى فى يَمِينه .

فصل : وإنْ حَلَفَ على تَرْكِ وَطْئِها عامًا ، ثم كَفَّرَ عن يَمِينه ، انْحَلَّ الإيلاءُ . قال الأثْرَمُ : قيل لأبى عبدِ الله : المُولى يُكَفِّرُ عن[٣٦] يَمِينه قبلَ مُضِىِّ الأرْبَعَةِ الأشْهُرِ ؟ قال : يَذْهَبُ عنه الإيلاءُ ، ولا يُوقَفُ بعْدَ الأرْبَعَةِ الأشْهُرِ[٣٦] ، وذَهَبَ الإيلاءُ حينَ ذَهَبَتِ اليَمِينُ . وذلك لأنَّه لم يَبْقَ مَمْنُوعًا مِنَ الوَطْءِ بيَمِينه ، فأشْبَهَ مَن حَلَفَ واسْتَثْنَى . فإنْ كان تَكْفِيرُه قبلَ مُضِىِّ الأرْبَعَةِ الأشْهُرِ ، انْحَلَّ الإيلاءُ حِينَ التَّكْفِيرِ ، وصارَ كالْحالِفِ على تَرْكِ الْوَطْءِ أقَلَّ مِن أرْبَعةِ أشْهُرٍ . وإنْ كَفَّرَ[٣٧] بعدَ الأرْبَعَةِ وقبلَ الوَقْفِ[٣٨] ، صارَ كالْحَالِفِ على أكْثَرَ منها ، إذا مَضَتْ مُدَّةُ يَمِينه قبلَ وَقْفِه .

فصل : فإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ إنْ شاءَ فُلانٌ . لم يَصِرْ مُولِيًا حتى يَشاءَ ، فإذا شاء صار مُولِيًا . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّهُ يَصِيرُ مُمْتَنِعًا مِن الوَطْءِ حتى يشاءَ ، فلا يكونُ مُولِيًا حتى يشاءَ . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ إنْ شِئْتِ . فكذلك . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : إن شاءَتْ على الفَوْرِ جَوَابًا لِكَلامِه صار مُولِيًا ، وإنْ أخَّرَتِ المَشِيئَةَ ، انْحَلَّتْ يَمِينُه ؛ لأنَّ ذلك تَخْيِيرٌ لها ، فكان على الفَوْرِ ، كقَوْلِه : اخْتارِى فى الطَّلاقِ . ولَنا ، أنَّه عَلَّقَ اليَمِينَ على المَشِيئَةِ بحَرْفِ إنْ ، فكان على التَّراخِى ، كمَشِيئَةِ غيرِها . فإنْ قيل : فهَلَّا قُلْتُم : لا يكونُ مُولِيًا ؛ فإنَّه عَلَّقَ ذلك بإرادَتِها ، فأشْبَهَ ما لو قال : لا وَطِئْتُكِ إلَّا بِرِضاكِ . قُلْنا : الفَرْقُ بينهما ، أنَّها إذا شاءت ، انْعَقَدَتْ يَمِينُه مانِعَةً مِنْ وَطْئِها ، بحيثُ لا يُمْكِنُه بعد ذلك الوَطْءُ بغَيرِ حِنْثٍ . وإذا قال : واللهِ[٣٩] لا وَطِئْتُكِ إلَّا بِرضاكِ . فما حلَفَ إلَّا على تَرْكِ وَطْئِها فى بعضِ

---

(٣٦) سقط من : ا .

(٣٧) فى ا : « كان » .

(٣٨) فى ب ، م : « الوقوف » .

(٣٩) سقط من : ب .

الأحْوالِ ، وهو حالُ سَخَطِها ، فيُمْكِنُه الوَطْءُ فى الحالِ الأُخْرَى بغيرِ حِنْثٍ . وإذا طالَبَتْهُ بالفَيْئَةِ ، فهو بِرِضاها . ولو قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ حتى تَشائِى . فهو كقولِه : إلَّا بِرِضاكِ . ولا يكونُ مُولِيًا بذلك . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ إلَّا أنْ يَشاءَ أبوكِ . أو : فُلانٌ . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّه عَلَّقَه بفِعْلٍ منه يُمْكِنُ وُجودُه فى الأَرْبَعَةِ الأشْهُرِ[40] إمْكانًا غيرَ بَعِيدٍ، وليس بمُحَرَّمٍ ، ولا فيه مَضَرَّةٌ، فأشْبَهَ ما لو قال: واللهِ لا وَطِئْتُكِ إلَّا أنْ تَدْخُلِى الدَّارَ . وإنْ قال: واللهِ لا وَطِئْتُكِ إلَّا أنْ / تَشائِى. لم يكنْ مُولِيًا، وكان بمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: إلَّا بِرِضاكِ . أو : حتى تَشائِى . وقال أبو الخَطَّابِ : إنْ شاءتْ فى المَجْلِسِ ، لم يَصِرْ[41] مُولِيًا ، [42]وإلَّا صارَ مُولِيًا[42] . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : إنْ شاءتْ على الفَوْرِ عَقِيبَ كَلامِه ، لم يَصِرْ مُولِيًا ، وإلَّا صارَ مُولِيًا ؛ لأنَّ المَشِيئَةَ عندَهم على الفَوْرِ ، وقد فاتتْ بتَراخِيها . وقال القاضى : تَنْعَقِدُ يَمِينُه ، فإنْ شاءتِ انْحَلَّتْ ، وإلَّا فهى مُنْعَقِدَةٌ . ولَنا ، أنَّه مَنَعَ نَفْسَه بيَمِينِه مِن وَطْئِها إلَّا عندَ إرادَتِها ، [43]فأشْبَهَ ما لو قال : إلَّا بِرِضاكِ. أو : حتى تَشائِى . ولأنَّه عَلَّقَه على وُجُودِ المَشِيئَةِ[43]، أشْبَهَ ما لو عَلَّقَه على مَشِيئَةِ غيرِها . فأمَّا قولُ القاضى: فإنْ أرادَ وُجودَ المَشِيئَةِ على الفَوْرِ. فهو كقَوْلِهِمْ. وإنْ أرادَ وُجودَ الْمَشِيئَةِ على التَّراخِى، تَنْحَلُّ به الْيَمِينُ، لم يكنْ ذلك إيلاءً؛ لأنَّ تَعْليقَ الْيَمِينِ على فِعْلٍ يُمْكِنُ وُجودُه فى مُدَّةِ [44]الأرْبَعَةِ الأشْهُرِ[44]، إمْكانًا غيرَ بَعِيدٍ، ليس بإيلاءٍ. واللهُ أعْلَمُ.

٨/٦١ ظ

فصل : فإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ . فهو إيلاءٌ؛ لأنَّهُ قَوْلٌ يَقْتَضِى التَّأْبِيدَ . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ مُدَّةً. أو: لَيَطُولَنَّ تَرْكِى لِجِماعِكِ. ونَوَى مُدَّةً تَزِيدُ على أكْثَرَ مِن أرْبَعَةِ

---

(٤٠) فى الأصل ، ب ، م : « أشهر » .
(٤١) فى ا : « يكن » .
(٤٢ – ٤٢) سقط من : ب .
(٤٣ – ٤٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(٤٤ – ٤٤) فى ا : « أربعة أشهر » .

أَشْهُرٍ ، فهو إيلاءٌ ؛ لأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُه ، فانْصَرَفَ إليه بِنِيَّتِه . وإنْ نَوَى مُدَّةً قَصِيرَةً ، لم يكنْ إيلاءً لذلك . وإنْ لم يَنْوِ شَيْئًا ، لم يكنْ إيلاءً ؛ لأنَّه يَقَعُ على القَلِيلِ والكَثِيرِ ، فلا يَتَعَيَّنُ لِلْكَثِيرِ . فإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فإذا مَضَتْ ، فَوَاللهِ لا وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . أو : فإذا مَضَتْ ، فَوَاللهِ لا وَطِئْتُكِ شَهْرَيْنِ . أو : لا وَطِئْتُكِ شَهْرَيْنِ ، فإذا مَضَتْ ، فَوَاللهِ لا وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . ففيه وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما : ليس بِمُولٍ ؛ لأنَّه حالِفٌ بكُلِّ يَمِينٍ على مُدَّةٍ ناقِصَةٍ عن مُدَّةِ الإيلاءِ ، فلم يَكنْ مُولِيًا ، كما لو لم يَنْوِ[45] إلَّا مُدَّتَها ،[46] ولأَنَّه يُمْكِنُه الوَطْءُ بالنِّسْبَةِ إلى كُلِّ يَمِينٍ عَقِيبَ مُدَّتِها[46] مِن غيرِ حِنْثٍ فيها ، فأَشْبَهَ ما لو اقْتَصَرَ عليها . والثَّانِي ، يَصِيرُ مُولِيًا ؛ لأَنَّه مَنَع نَفْسَه مِن الوَطْءِ بيَمِينِه أَكْثَرَ مِن أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مُتَوالِيَةٍ ، فكانَ مُولِيًا ، كما لو مَنَعَها بيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، ولأَنَّه لا يُمْكِنُه الْوَطْءُ بعدَ المُدَّةِ إلَّا بحِنْثٍ فى يَمِينِه ، فأَشْبَهَ ما لو حَلَفَ على ذلك بيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، ولو لم يكنْ هذا إيلاءً ، أَفْضَى إلى أَنْ يَمْتَنِعَ[47] مِنَ الْوَطْءِ طُولَ دَهْرِه بالْيَمِينِ ، فلا يكونُ مُولِيًا . وَهَكَذا الْحُكْمُ فِي كُلِّ مُدَّتَيْنِ مُتَوالِيَتَيْنِ يَزِيدُ مَجْمُوعُهما عَلَى أَرْبَعَةٍ ، كثلاثةِ أَشْهُرٍ وثلاثةٍ ، أو ثلاثةٍ وَشَهْرَيْنِ ، لما ذَكَرْنا مِنَ التَّعْلِيلَيْنِ . وَاللهُ أَعْلَمُ .

فصل : فإنْ قال : إنْ وَطِئْتُكِ ، فواللهِ لا وَطِئْتُكِ . لم يكنْ مُولِيًا فى الحَالِ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه بالوَطْءِ حَقٌّ ، لكنْ إنْ وَطِئَها صارَ مُولِيًا ؛ لأنَّها تَبْقَى يَمِينًا تَمْنَعُ الوَطْءَ على التَّأْبِيدِ . وهذا الصَّحِيحُ عن الشَّافِعِيِّ . / وحُكِيَ عنه قَوْلٌ قَدِيمٌ ، أنَّه يكونُ مُولِيًا[46] مِن الأَوَّلِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه الوَطْءُ إلَّا بأَنْ يَصِيرَ مُولِيًا[46] ، فيَلْحَقُه بالْوَطْءِ ضَرَرٌ . وكذلك على هذا القَوْلِ ، إنْ قال : وَطِئْتُكِ فواللهِ لا دَخَلْتُ الدَّارَ . يكونُ[48] مُولِيًا مِن الأَوَّلِ ، فإنْ وَطِئَها انْحَلَّ الإيلاءُ ؛ لأنَّه لم يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِنْ وَطْئِها بيَمِينٍ ولا غيرِها ، وإنَّما

٦٢/٨و

---

(٤٥) فى الأصل : « يبق » .

(٤٦ – ٤٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٧) فى ا ، م : « يمنع » .

(٤٨) فى ا ، ب ، م : « لم يكن » .

بَقِىَ مُمْتَنِعًا بِالْيَمِينِ مِن دُخُولِ الدَّارِ . ولَنا ، أَنَّ يَمِينَه مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطٍ ، ففيما قَبْلَه ليس بحالِفٍ ، فلا يكونُ مُولِيًا ، ولأنَّه يُمْكِنُه الْوَطْءُ مِنْ غيرِ حِنْثٍ ، فلم يكنْ مُولِيًا ، كما لو لم يَقُلْ شَيْئًا . وكَوْنُه يَصِيرُ مُولِيًا ، لا يَلْزَمُه به شَىْءٌ ، وإنَّما يَلْزَمُه بالحِنْثِ . ولو قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ فى السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً . لم يَصِرْ مُولِيًا فى الحَالِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه الوَطْءُ متى شاءَ بغيرِ حِنْثٍ ، فلم يَكُنْ مَمْنُوعًا مِن الوَطْءِ بحُكْمِ يَمِينِه ، فإذا وَطِئَها وقد بَقِىَ مِنَ السَّنَةِ أكْثَرُ مِنْ أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، صارَ مُولِيًا . وهذا قَوْلُ أبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وظاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِىِّ . وفى[49] قَوْلِه القَدِيمِ ، يَكونُ مُولِيًا فى الِابْتِداءِ ؛ لما ذَكَرْنا فى التى قَبْلَها . وقد أجَبْنا عنه . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ سَنَةً إلَّا يَوْمًا . فكذلك . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ ؛ لأنَّ اليَوْمَ مُنَكَّرٌ ، فلم يَخْتَصَّ يَوْمًا دُونَ يَوْمٍ ، ولذلك لو قال : صُمْتُ[50] رمضانَ إلَّا يَوْمًا . لم يَخْتَصَّ اليَوْمَ الآخِرَ . ولو قال : لا أُكَلِّمُكَ فى السَّنَةِ إلَّا يَوْمًا . لم يَخْتَصَّ يَوْمًا منها . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّهُ يَصِيرُ مُولِيًا فى الحالِ . وهو قَوْلُ زُفَرَ ؛ لأنَّ اليَوْمَ المُسْتَثْنَى يكونُ مِنْ آخِرِ المُدَّةِ ، كالتَّأْجِيلِ ومُدَّةِ الخِيَارِ ، بخِلافِ قَوْلِه : لا وَطِئْتُكِ فى السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً ، فإنَّ المَرَّةَ لا تَخْتَصُّ وَقْتًا بعَيْنِه . ومَنْ نَصَرَ الأَوَّلَ فَرَّقَ بينَ هذا وبينَ التَّأْجِيلِ ومُدَّةِ الخِيارِ ، مِنْ حيثُ إنَّ التَّأْجِيلَ ومُدَّةَ الخِيارِ ، تَجِبُ المُوَالاةُ فِيهِما ، ولا يجوزُ أنْ يَتَخَلَّلَهُما يَوْمٌ لا أَجَلَ فيه ولا خِيارَ ؛ لأنَّه لو جازَتْ له المُطالَبَةُ فى أثْناءِ الأَجلِ ، لَزِمَ قَضاءُ الدَّيْنِ ، فيَسْقُطُ التَّأْجِيلُ بالكُلِّيَّةِ ، ولو لَزِمَ العَقْدُ فى أثْناءِ مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَعُدْ إلى الجَوازِ ، فتَعَيَّنَ جَعْلُ اليومِ المُسْتَثْنَى مِنْ آخِرِ المُدَّةِ ، بخِلافِ ما نحن فيه ، فإنَّ جوازَ الوَطْءِ فى يومٍ مِنْ أَوَّلِ السَّنَةِ أو أوْسَطِها ، لا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِ اليَمِينِ فيما بَقِىَ مِن المُدَّةِ ، فصارَ ذلك كقولِه : لا وَطِئْتُكِ فى السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً . واللهُ أعلمُ .

فصل : فإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا . ثم قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا . فهو إيلاءٌ

---

(٤٩) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥٠) سقط من : الأصل .

واحِدٌ ، حَلَفَ عليه بيَمِينَيْنِ ، إلَّا أَنْ يَنْوِىَ عامًا آخَرَ سِوَاهُ . وإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا . ثم قال : واللهِ لا / وَطِئْتُكِ نِصْفَ عامٍ . أو قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ نِصْفَ عامٍ . ثم قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا . دَخَلَتِ المُدَّةُ القَصِيرَةُ فِى الطَّوِيلَةِ ؛ لِأَنَّها بعضُها ، ولم يَجْعَلْ إحْداهُما بعدَ الأُخْرَى ، فأشْبَهَ ما لو أقَرَّ بِدِرْهَمٍ ، ثم أقَرَّ بنِصْفِ دِرْهَمٍ ، أو أقَرَّ بنِصْفِ دِرْهَمٍ ، ثم أقَرَّ بِدِرْهَمٍ ، فيكونُ إيلاءً واحِدًا ، لهما وَقْتٌ واحِدٌ ، وكَفَّارَةٌ واحِدَةٌ . وإنْ نَوَى بإحْدَى المُدَّتَيْنِ غيرَ الأُخْرَى فى هذه أو فى التى قَبْلَها ، أو قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا . ثم : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا آخَرَ . أو : نِصْفَ عامٍ آخَرَ . أو قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا ، فإذا مَضَى فواللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا . فهما إيلاءانِ فى زَمانَيْنِ ، لا يَدْخُلُ حُكْمُ أَحَدِهما فى الآخَرِ ، أَحَدُهما مُنَجَّزٌ ، والآخَرُ مُتَأَخِّرٌ ، فإذا مَضَى حُكْمُ أَحَدِهِما ، بَقِىَ حُكْمُ الآخَرِ ؛ لأنَّه أَفْرَدَ كُلَّ واحِدٍ منهما بزَمَنٍ غيرِ زَمَنِ صاحِبِه ، فيكونُ له حُكْمٌ يَنْفَرِدُ بِهِ . فإنْ قال فى الْمُحَرَّمِ : واللهِ لا وَطِئْتُكِ هذا الْعامَ . ثم قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا [٥١] مِنْ رَجَبٍ إلى تَمامِ اثْنَىْ عَشَرَ شَهْرًا . أو قال فى المُحَرَّمِ : واللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا . ثم قال فى رَجَبٍ : وَاللهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا [٥١] . فهما إيلاءانِ فى مُدَّتَيْنِ ، بعضُ إحْداهُما داخِلٌ فى الأُخْرَى . فإنْ فاءَ فى رَجَبٍ ، أو فيما بعدَه مِن بَقِيَّةِ العامِ الأَوَّلِ ، حَنِثَ فى اليَمِينَيْنِ ، وتُجْزِئُه كَفَّارَةٌ واحِدَةٌ ، ويَنْقَطِعُ حُكْمُ الإيلاءَيْنِ . وإنْ فاءَ قبلَ رَجَبٍ ، أو بعدَ العامِ الأَوَّلِ ، حَنِثَ فى إحْدى اليَمِينَيْنِ دُونَ الأُخْرَى . وإنْ فاءَ فى المَوْضِعَيْنِ ، حَنِثَ فى اليَمِينَيْنِ ، وعليه كَفَّارَتانِ .

فصل : فإنْ قال لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ : واللهِ لا أَقْرَبُكُنَّ . انْبَنَى ذلك على أصْلٍ ، وهو الحِنْثُ بِفِعْلِ بَعْضِ المَحْلُوفِ عليه أولا ، فإنْ قُلْنا : يَحْنَثُ . فهو مُولٍ مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ فى الحَالِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُهُ وَطْءُ واحِدَةٍ بغيرِ حِنْثٍ ، فصارَ مانِعًا لِنَفْسِه مِنْ وَطْءِ كُلِّ واحِدَةٍ منهنَّ فى الحالِ ، فإنْ [٥٢] وَطِئَ واحِدَةً منهنَّ ، حَنِثَ ، وانْحَلَّتْ يَمِينُه ، وزالَ الإيلاءُ مِن البَواقِى . وإنْ طَلَّقَ بَعْضَهُنَّ ، أو مات ، لم يَنْحَلَّ الإيلاءُ فى الْبَواقِى . وَإنْ قُلْنا : لا

٦٢/٨ ظ

(٥١ - ٥١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥٢) فى ا : « فإذا » .

يَحْنَثُ بِفِعْلِ البَعْضِ . لم يكنْ مُولِيًا منهنَّ فى الحالِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه وَطْءُ كُلِّ واحِدَةٍ منهُنَّ مِن غيرِ حِنْثٍ ، فلم يَمْنَعْ نَفْسَه بيَمِينِه مِنْ وَطْئِها ، فلم يكنْ مُولِيًا منها . فإنْ وَطِئَ ثلاثًا ، صارَ مُولِيًا مِن الرَّابِعَةِ ؛ لأنَّهُ لا يُمْكِنُه وَطْؤُها مِن غيرِ حِنْثٍ فى يَمِينِه . وإنْ ماتَ بَعْضُهُنَّ ، أو طَلَّقَها ، انْحَلَّتْ يَمِينُه ، وزالَ الإيلاءُ ؛ لأنَّه لا يَحْنَثُ بوَطْئِهِنَّ ، وإنَّما يَحْنَثُ بوَطْءِ الأرْبَعِ . فإنْ راجَعَ المُطَلَّقَةَ ، أو تَزَوَّجَها بعدَ بَيْنُونَتِها ، عادَ حُكْمُ يَمِينِه . وَذَكَرَ القاضى ، أنَّا إذا قُلْنا : يَحْنَثُ بِفِعْلِ البعضِ . فَوَطِئَ واحِدَةً ، حَنِثَ / ، ولم يَنْحَلَّ الإيلاءُ فى البَواقِى ؛ لأنَّ الإيلاءَ مِن امْرَأةٍ لا يَنْحَلُّ بوَطْءِ غَيْرِها . ولَنا ، أنَّها يَمِينٌ واحِدَةٌ حَنِثَ فيها ، فَوَجَبَ أنْ تَنْحَلَّ ، كسائِرِ الأيْمانِ ، ولأنَّه إذا وَطِئَ واحِدَةً حَنِثَ ، وَلَزِمَتْه الكَفَّارَةُ ، فلا يَلْزَمُه بوَطْءِ الْباقِياتِ شَىْءٌ ، فلم يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِن وَطْئِهِنَّ بِحُكْمِ يَمِينِه ، فانْحَلَّ الإيلاءُ ، كما لو كَفَّرَها . واخْتَلَفَ أصْحابُ الشَّافِعِىِّ ، فقال بعضُهم : لا يَكُونُ مُولِيًا منهنَّ حتى يَطَأَ ثَلاثًا ، فيَصِيرَ مُولِيًا مِن الرَّابِعَةِ . وحَكَى الْمُزَنِىُّ ، عن الشَّافِعِىِّ ، أنَّه يكونُ مُولِيًا منهنَّ كُلِّهِنَّ ، يُوقَفُ لِكُلِّ واحِدَةٍ مِنْهُنَّ ، فإذا أصابَ بَعْضَهُنَّ ، خَرَجَتْ مِن حُكْمِ الإيلاءِ ، ويُوقَفُ لِمَنْ بَقِىَ حتى يَفِىءَ أو يُطَلِّقَ ، ولا يَحْنَثُ حَتَّى يَطَأَ الأرْبَعَ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : يكونُ مُولِيًا مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ ، فإنْ تَرَكَهُنَّ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ ، بِنَّ منه جَمِيعًا بالإيلاءِ ، وإنْ وَطِئَ بَعْضَهُنَّ[٥٣] ، سَقَطَ الإيلاءُ فى حَقِّها ، ولا يَحْنَثُ إلَّا بوَطْئِهِنَّ جَمِيعًا . ولَنا ، أنَّ مَنْ لا يَحْنَثُ بوَطْئِها ، لا يكونُ مُولِيًا منها ، كالتى لم[٥٤] يَحْلِفْ عليها .

فصل : فإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُ واحِدَةً مِنْكُنَّ . ونَوَى واحِدَةً بعَيْنِها ، تَعَلَّقَتْ يَمِينُه بِها وحدَها ، وصارَ مُولِيًا منها دُونَ غيرِها . وإنْ نَوَى واحِدَةً مُبْهَمَةً مِنْهُنَّ[٥٥] ، لم يَصِرْ مُولِيًا منهنَّ فى الحالِ ، فإذا وَطِئَ ثَلاثًا ، كان مُولِيًا مِن[٥٦] الرَّابِعَةِ ، ويَحْتَمِلُ أنْ تَخْرُجَ

---

(٥٣) فى ب : « إحداهن » .

(٥٤) سقط من : ا ، م .

(٥٥) فى الأصل : « فيهن » .

(٥٦) فى ب : « فى » .

المُولَى منْها بالقُرْعَةِ ، كالطَّلاقِ إذا أوْقَعَه فى مُبْهَمةٍ مِنْ نِسائِه . وإنْ أطْلَقَ(٥٧) ، صارَ مُولِيًا منهنَّ كُلِّهِنَّ فى الحالِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه وَطْءُ واحِدَةٍ منهنَّ إلَّا بالحِنْثِ ، فإنْ طَلَّقَ واحِدَةً منهنَّ ، أو ماتَتْ ، كان مُولِيًا مِن البَواقِى . وإنْ وَطِئَ واحِدَةً منهنَّ ، حَنِثَ وانْحَلَّتْ يَمِينُه . وسَقَطَ حُكْمُ الإِيلاءِ فى الباقِياتِ ؛ لأنَّها يَمِينٌ واحِدَةٌ ، فإذا حَنِثَ فيها مَرَّةً ، لم يَحْنَثْ مَرَّةً ثانِيَةً . ولا يَبْقَى حُكْمُ اليَمِينِ بعدَ حِنْثِه فيها ، بخِلافِ ما إذا طَلَّقَ واحِدَةً أو ماتَتْ ، فإنَّه لم يَحْنَثْ ثَمَّ ، فبَقِىَ حُكْمُ يَمِينِه فى مَن بَقِىَ منهنَّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . وذَكَرَ القاضى ، أنَّه إذا أطْلَقَ ، كان الإِيلاءُ فى واحِدَةٍ غيرِ مُعَيَّنَةٍ . وهو اخْتِيارُ بعضِ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ لَفظَه تَناوَلَ واحِدَةً مُنَكَّرَةً ، فلا يَقْتَضِى العُمُومَ . ولَنا ، أنَّ النَّكِرَةَ فى سِياقِ النَّفْىِ تَعُمُّ ، كقَوْلِه : ﴿ مَا ٱتَّخَذَ صَاحِبَةً ﴾(٥٨) . وقولِه : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ ﴾(٥٩) . وقولِه : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ ٱللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ ﴾(٦٠) . ولو قال إنْسانٌ : واللهِ لا شَرِبْتُ مَاءً مِنْ إداوَةٍ . حَنِثَ بالشُّرْبِ مِن أىِّ إداوَةٍ كانتْ ، فيَجِبُ حَمْلُ اللَّفْظِ عندَ الإِطْلاقِ عَلَى مُقْتَضاه فى العُمُومِ . وإنْ قال : نَوَيْتُ واحِدَةً مُعَيَّنَةً ، أو واحِدَةً مُبْهَمَةً . قُبِلَ / مِنْه ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ احْتمالًا غيرَ بَعِيدٍ . ٨/٦٣ظ وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، إلَّا أنَّه إذا أبْهَمَ المَحْلُوفَ عليها ، فله أنْ يُعَيِّنَها بقَوْلِه . وأصْلُ هذا مَذْكُورٌ فى الطَّلاقِ .

فصل : فإنْ قال : واللهِ لا وَطِئْتُ كُلَّ واحِدَةٍ مِنْكُنَّ . صارَ مُولِيًا منهنَّ كُلِّهِنَّ فى الحالِ ، ولا يُقْبَلُ قَوْلُه : نَوَيْتُ واحِدَةً منهنَّ مُعَيَّنَةً ، ولا مُبْهَمَةً ؛ لأنَّ لَفظَةَ كُلٍّ أزالَتِ احْتِمالَ الخُصوصِ ، ومتى حَنِثَ فى البَعْضِ ، انْحَلَّ الإِيلاءُ فى الجَمِيعِ ، كالتى قَبْلَها .

---

(٥٧) فى الأصل : « طلق » .

(٥٨) سورة الجن ٣ . وفى النسخ : « ولم يتخذ صاحبة » .

(٥٩) سورة الإخلاص ٤ .

(٦٠) سورة النور ٤٠ .

وقال القاضى ، وبعضُ أَصْحابِ الشَّافِعِىِّ : لا تَنْحَلُّ فى الباقِياتِ . ولَنا ، أنَّها يَمِينٌ[61] واحِدَةٌ حَنِثَ فِيها ، فسَقَطَ حُكْمُها ، كما لو حَلَفَ على واحِدَةٍ ، ولِأَنَّ اليَمِينَ الواحِدَةَ إذا حَنِثَ فِيها مَرَّةً ، لم يُمْكِنِ الحِنْثُ فيها مَرَّةً أُخْرَى ، فلم يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِنْ وَطْءِ الباقِياتِ بِحُكْمِ اليَمِينِ ، فلم يَبْقَ الإيلاءُ كسائِرِ الأَيْمانِ التى حَنِثَ فيها ، وفى هذه المَواضِعِ التى قُلْنا بكَوْنِه[62] مُولِيًا مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ إذا طالَبْنَ كُلُّهُنَّ بالفَيْئَةِ ، وُقِفَ لهنَّ كُلِّهِنَّ ، وإنْ طالَبْنَ فى أَوْقاتٍ مُخْتَلِفَةٍ ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، يُوقَفُ لِلْجَمِيعِ وَقْتَ مُطالَبَةِ أُولاهُنَّ . قال القاضى : وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . والثَّانِيَةُ ، يُوقَفُ لِكُلِّ واحِدَةٍ مِنْهُنَّ عندَ مُطالَبَتِها . اخْتارَهُ أبو بكرٍ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، فإذا وُقِفَ لِلْأُولَى[63] ، وُقِفَ لِلثَّانِيَةِ ، فإنْ طَلَّقَها ، وقِفَ للثَّالِثَةِ ، فإنْ طَلَّقَها ، وُقِفَ لِلرَّابِعَةِ . وكذلك مَن مات مِنْهُنَّ ، لم يَمْنَعْ مِنْ وَقْفِه لِلْأُخْرَى ؛ لأنَّ يَمِينَه لم تَنْحَلَّ ، وإيلاؤُه باقٍ ؛ لِعَدَمِ حِنْثِه فيهنَّ . وإنْ وَطِئَ إحْداهُنَّ حِينَ وُقِفَ لها ، أو قَبْلَه ، انْحَلَّتْ يَمِينُه ، وسَقَطَ حُكْمُ الإيلاءِ فى الباقِياتِ ، على ما قُلْناه . وعلى قَوْلِ القاضى ، ومَنْ وافَقَه : يُوقَفُ لِلباقِياتِ ، كما لو طَلَّقَ التى وُقِفَ لها .

فصل : فإنْ قال : كُلَّما وَطِئْتُ واحِدَةً مِنْكُنَّ فضَرائِرُها طَوالِقُ . فإنْ قُلْنا : ليس هذا بإيلاءٍ . فلا كلام . وإنْ قُلْنا : هو إيلاءٌ . فهو مُولٍ مِنْهُنَّ جَمِيعًا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه وَطْءُ واحِدَةٍ مِنْهُنَّ إلَّا بطَلاقِ ضَرائِرِها ، فيُوقَفُ لَهُنَّ ، فإنْ فاءَ إلى واحِدَةٍ ، طَلَّقَ ضَرائِرَها ، فإنْ كان الطَّلاقُ بائِنًا ، انْحَلَّ الإيلاءُ[64] ؛ لأنَّه لم يَبْقَ مَمْنُوعًا مِن وَطْئِها بحُكْمِ يَمِينِه . وإنْ كانْ رَجْعِيًّا ، فراجَعَهُنَّ ، بَقِىَ حُكْمُ الإيلاءِ فى حَقِّهِنَّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه وَطْءُ واحِدَةٍ

---

(٦١) فى الأصل : « يمينه » .

(٦٢) فى الأصل : « يكون » .

(٦٣) فى م زيادة : « وطلقها و » .

(٦٤) فى ب زيادة : « فى حقهن » .

إِلَّا بِطَلاقِ ضَرائِرِها . وكذلكَ إنْ راجَعَ بَعْضَهُنَّ لذلك ، إِلَّا أَنَّ المُدَّةَ تُسْتَأْنَفُ مِنْ حِينِ الرَّجْعَةِ . ولو كان الطَّلاقُ بائِنًا ، فعادَ فتَزَوَّجَهُنَّ ، أو تَزَوَّجَ بَعْضَهُنَّ ، عادَ حُكْمُ الإِيلاءِ ، واسْتُؤْنِفَتِ المُدَّةُ مِنْ حِينِ النِّكاحِ . وسَواءٌ تَزَوَّجَهُنَّ فى الْعِدَّةِ ، أو / بَعْدَهَا ، ٨/٦٤و أو بعدَ زَوْجٍ آخَرَ وإصابَة ؛ لما سَنَذْكُرُه فيما بعدُ . وإنْ قال : نَوَيْتُ وَاحِدَةً بعَيْنِها . قُبِلَ منه ، وتَعَلَّقَتْ يَمِينُه بها ، فإذا وَطِئَها طَلَّقَ ضَرائِرَها ، وإنْ وَطِئَ غَيْرَها ، لم يَطْلُقْ مِنْهُنَّ شَىْءٌ ، ويكونُ مُولِيًا مِنَ[٦٥] المُعَيَّنَةِ دُونَ غَيْرِها ؛ لأَنَّها التى يَلْزَمُه بوَطْئِها الطَّلاقُ دُونَ غَيْرِها .

فصل : الشَّرْطُ الثَّالِثُ ، أنْ يَحْلِفَ على تَرْكِ الوَطْءِ فى الفَرْجِ . ولو قال : واللهِ لا وَطِئْتُكِ فى الدُّبُرِ . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأَنَّه لم يَتْرُكِ الوَطْءَ الواجِبَ عليه ، ولا تَتَضَرَّرُ المَرْأَةُ بتَرْكِه ، وإنَّما هو وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، وقد أَكَّدَ مَنْعَ نَفْسِه منه بيَمِينِه . وإنْ قال : واللهِ[٦٦] لا وَطِئْتُكِ دُونَ الفَرْجِ . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّه لم يَحْلِفْ على الوَطْءِ الذى يُطالَبُ به فى الفَيْئَةِ ، ولا ضَرَرَ على الْمَرْأَةِ فى تَرْكِه . وإنْ قال : واللهِ لا جامَعْتُكِ إِلَّا جِماعَ سَوْءٍ . سُئِلَ عمَّا أرادَ ، فإنْ قال : أَرَدْتُ الجِماعَ فى الدُّبُرِ . فهو مُولٍ ؛ لأَنَّه حَلَفَ على تَرْكِ الوَطْءِ فى الفَرْجِ . وكذلك إنْ قال : أَرَدْتُ أَنْ لا أَطَأَها إِلَّا دُونَ الفَرْجِ . وإنْ قال : أَرَدْتُ جِماعًا ضَعِيفًا ، لا يَزِيدُ على الْتِقاءِ الخِتانَيْنِ . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأَنَّه يُمْكِنُه الوَطْءُ الواجِبُ عليه فى الفَيْئَةِ بغَيْرِ حِنْثٍ . وإنْ قال : أَرَدْتُ وَطْئًا لا يَبْلُغُ الْتِقاءَ الخِتانَيْنِ . فهو مُولٍ ؛ لأَنَّه لا يُمْكِنُه الوَطْءُ الواجِبُ عليه فى الفَيْئَةِ بغيرِ حِنْثٍ . وإنْ لم تَكنْ له نِيَّةٌ ، فليس بمُولٍ ؛ لأَنَّه مُحْتَمِلٌ ، فلا يَتَعَيَّنُ ما يكونُ به مُولِيًا . وإنْ قال : واللهِ لا جامَعْتُكِ جِماعَ سَوْءٍ . لم يكنْ مُولِيًا بِحالٍ ؛ لأَنَّه لم يَحْلِفْ على تَرْكِ الْوَطْءِ ، إنَّما حَلَفَ على تَرْكِ صِفَتِه المَكْرُوهَةِ .

فصل : الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، أنْ يكونَ المَحْلُوفُ عليها امْرَأَةً ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى :

---

(٦٥) فى ب : « فى » .

(٦٦) لم يرد فى : م .

﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[٦٧] . ولأَنَّ غيرَ الزَّوْجَةِ لا حَقَّ لها فى وَطْئِه ، فلا يكونُ مُولِيًا منها ، كالأَجْنَبِيَّةِ . فإنْ حَلَفَ على تَرْكِ وَطْءِ أَمَتِه ، لم يكنْ مُولِيًا ؛ لِمَا ذَكَرْنا . وإنْ حَلَفَ على تَرْكِ وَطْءِ أَجْنَبِيَّةٍ ، ثم نَكَحَها ، لم يكنْ مُولِيًا ؛ لذلك . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابْنُ المُنْذِرِ . وقال مالِكٌ : يَصِيرُ مُولِيًا إذا بَقِىَ مِن مُدَّةِ يَمِينِه أَكْثَرُ مِن أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لأَنَّه مُمْتَنِعٌ مِنْ وَطْءِ امْرَأَتِه بحُكْمِ يَمِينِه مُدَّةَ الإِيلاءِ ، فكانَ مُولِيًا ، كما لو حَلَفَ فى الزَّوْجِيَّةِ . وحُكِىَ عن أصْحابِ الرَّأْىِ ، أنَّه إنْ مَرَّتْ به امْرَأَةٌ ، فحَلَفَ أَنْ لا يَقْرَبَها ، ثم تَزَوَّجَها ، لم يكنْ مُولِيًا . وإنْ قال : إنْ تَزَوَّجْتُ فُلانَةَ ، فوَاللهِ لا قَرَبْتُها . صارَ مُولِيًا ؛ لأَنَّه أضافَ اليَمِينَ إلى حالِ / الزَّوْجِيَّةِ ، فأشْبَهَ ما لو حَلَفَ بعدَ تَزَوُّجِها[٦٨] . ولَنا ، قَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾ . وهذه ليستْ مِنْ نِسائِه ، ولأَنَّ الإِيلاءَ حُكْمٌ مِن أَحْكامِ النِّكاحِ ، فلم يَتَقَدَّمْهُ كالطَّلاقِ والقَسَمِ ، ولأَنَّ المُدَّةَ تُضْرَبُ له لِقَصْدِه الإِضْرارَ بها بيَمِينِه ، وإذا كانتِ اليَمِينُ قبلَ النِّكاحِ ، لم يكنْ قاصِدًا للإِضْرارِ ، فأشْبَهَ المُمْتَنِعَ بغيرِ يَمِينٍ . قال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ : وقد قال أحمدُ : يَصِحُّ الظِّهارُ قبلَ النِّكاحِ ؛ لأَنَّه يَمِينٌ . فعلى هذا التَّعْلِيلِ يَصِحُّ الإِيلاءُ قبلَ النِّكاحِ . والمَنْصُوصُ أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لما ذَكَرْناه .

٨/٦٤ ظ

فصل : فإنْ آلَى مِن الرَّجْعِيَّةِ ، صَحَّ إيلاؤُهُ . وهذا قَوْلُ مالِكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وذَكَرَ ابنُ حامِدٍ ، أنَّ فيه رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّه لا يَصِحُّ إيلاؤُه ؛ لأَنَّ الطَّلاقَ يَقْطَعُ مُدَّةَ الإِيلاءِ إذا طَرأَ ، فَلأَنْ يَمْنَعَ صِحَّتَه ابْتِداءً أَوْلَى . ولَنا ، أنَّها زَوْجَةٌ[٦٩] يَلْحَقُها طَلاقُه ، فصَحَّ إيلاؤُه منها ، كغيرِ المُطَلَّقَةِ . وإذا آلَى منها احْتَسَبَ المُدَّةَ[٧٠]

---

(٦٧) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٦٨) فى م : « تزويجها » .

(٦٩) فى ب : « زوجته » .

(٧٠) فى ب ، م : « بالمدة » .

مِنْ حِينَ آلَى[71] ، وإنْ كانتْ فى العِدَّةِ . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ . وهو قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ . ويَجِىءُ على قَوْلِ الخِرَقِىِّ أنْ لا يُحْتَسَبَ عليه بِالمُدَّةِ إلَّا مِن حِينَ راجَعَها ، لأنَّ ظاهِرَ كلامِه أنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُحَرَّمَةٌ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ منه ، فأشْبَهَتِ البائِنَ ، ولأنَّ الطَّلاقَ إذا طَرَأَ قَطَعَ المُدَّةَ ، ثم لا يُحْتَسَبُ عليه بِشَىْءٍ مِن المُدَّةِ قبلَ رَجْعَتِها ، فأَوْلَى أنْ لا يَسْتَأْنِفَ المُدَّةَ فى العِدَّةِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ مَن صَحَّ إيلاؤُه ، احْتُسِبَ عليه بالمُدَّةِ مِن حِينِ إيلائِه ، كما لو لم تَكُنْ مُطَلَّقَةً ، [72]ولأنَّها مُباحةٌ ، فاحْتُسِبَ عليه بالمُدَّةِ فيها ، كما لو لم يُطَلِّقْها[72] . وفارَقَ البائِنَ ، فإنَّها ليستْ زَوْجَةً ، ولا يَصِحُّ الإيلاءُ منْها[73] بِحالٍ ، فهى كسائِرِ الأجْنَبِيَّاتِ .

فصل : ويَصِحُّ الإيلاءُ مِن كُلِّ زَوْجَةٍ ، مُسْلِمَةً كانتْ أو ذِمِّيَّةً ، حُرَّةً كانتْ أو أَمَةً ؛ لِعُمُومِ قولِه سبحانه : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ . ولأنَّ كُلَّ واحِدَةٍ منهُنَّ زَوْجَةٌ ، فصَحَّ الإيلاءُ منها كالحُرَّةِ المُسْلِمَةِ . ويَصِحُّ الإيلاءُ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه . وبهذا قال النَّخَعِىُّ ، ومالِكٌ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ . وقال عَطاءٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ : إنَّما يَصِحُّ[74] الإيلاءُ بعدَ الدُّخولِ . ولَنا ، عُمُومُ الآيةِ والْمَعْنَى ، ولأنَّه[75] مُمْتَنِعٌ مِن جِماعِ زَوْجَتِه بيَمِينِه ، فأشْبَهَ ما بعدَ الدُّخولِ . ويَصِحُّ الإيلاءُ مِن المَجْنُونَةِ والصَّغِيرَةِ ، إلَّا أنَّه لا يُطالَبُ بالفَيْئَةِ فى الصِّغَرِ والجُنُونِ ؛ لأنَّهما / لَيْسا مِنْ أهْلِ المُطالَبَةِ . فأمَّا الرَّتْقاءُ والقَرْناءُ ، فلا يَصِحُّ الإيلاءُ منهما ؛ لأنَّ الوَطْءَ مُتَعَذِّرٌ دائِمًا ، فلم تَنْعَقِدِ اليَمِينُ على تَرْكِه ، كما لو حَلَفَ لا يَصْعَدُ السَّماءَ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ ، وتُضْرَبَ له المُدَّةُ ؛ لأنَّ المَنْعَ بسَبَبٍ مِن جِهَتِها ، فهى كالمَرِيضَةِ . فعلى هذا يَنْبَغِى أنْ يَفِىءَ فَيْئَةَ

٨/٦٥و

---

(٧١) فى ا : « الإيلاء » .

(٧٢ – ٧٢) سقط من : ب .

(٧٣) فى م : « ومنها » .

(٧٤) سقط من : ا ، ب .

(٧٥) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

المَعْذُورِ ؛ لأنَّ الفَيْئَةَ بِالْوَطْءِ فى حَقِّها مُتَعَذِّرَةٌ ، فلا تُمْكِنُ المُطالَبَةُ به ، فأَشْبَهَ المَجْبُوبَ .

فصل : ويَصِحُّ الإِيلاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ قادِرٍ على الوَطْءِ . وأمَّا الصَّبِىُّ وَالمَجْنُونُ ، فلا يَصِحُّ إيلاؤُهما ؛ لأنَّ القَلَمَ مَرْفُوعٌ عنهما ، ولأنَّه قَوْلٌ تَجِبُ بِمُخالَفَتِه كَفَّارَةٌ أو حَقٌّ ، فلم يَنْعَقِدْ منهما كالنَّذْرِ . وأمَّا العاجِزُ عن الوَطْءِ ، فإنْ كان لِعارِضٍ[76] مَرْجُوٍّ زَوالُه كالْمَرَضِ والحَبْسِ ، صَحَّ إيلاؤُه ؛ لأنَّه يَقْدِرُ على الوَطْءِ ، فَصَحَّ منه الامْتِناعُ منه[77] ، وإنْ كان غيرَ مَرْجُوِّ الزَّوالِ كالجَبِّ والشَّلَلِ ، لم يَصِحَّ إيلاؤُه ؛ لأنَّها يَمِينٌ على تَرْكِ مُسْتَحِيلٍ ، فلم تَنْعَقِدْ ، كما لو حَلَفَ أنْ لا يَقْلِبَ الحِجارَةَ ذَهَبًا ، ولأنَّ الإِيلاءَ اليَمِينُ المَانِعَةُ مِن الوَطْءِ ، وهذا لا يَمْنَعُه يَمِينُه ، فإنَّه مُتَعَذِّرٌ منه ، ولا تَضُرُّ المَرْأَةَ يَمِينُه . قال أبو الخَطَّابِ : ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ الإيلاءُ منه قياسًا على العاجِزِ بمَرَضٍ أو حَبْسٍ . ولِلشَّافِعِىِّ فى ذلك قَوْلانِ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنا . فأمَّا الخَصِىُّ الذى سُلَّتْ بَيْضَتاه ، أو رُضَّتْ، فيُمْكِنُ منه الوَطْءُ ، ويُنْزِلُ مَاءً رَقِيقًا ، فيَصِحُّ إيلاؤُه . وكذلك المَجْبُوبُ الذى بَقِىَ مِن ذَكَرِه ما يُمْكِنُ الجِماعُ به .

فصل : ويَصِحُّ إيلاءُ الذِّمِّىِّ ويَلْزَمُه ما يَلْزَمُ المُسْلِمَ إذا تَقَاضَوْا إلينا . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وإنْ أَسْلَمَ ، لم يَنْقَطِعْ حُكْمُ إيلائِه . وقال مالِكٌ : إنْ أَسْلَمَ ، سَقَطَ حُكْمُ يَمِينِه . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : إنْ حَلَفَ باللهِ ، لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّه لا يَحْنَثُ إذا جامَعَ ، لِكَوْنِه غيرَ مُكَلَّفٍ ، وإنْ كانَتْ يَمِينُه بطَلَاقٍ أوْ عَتاقٍ ، فهو مُولٍ؛ لأنَّه يَصِحُّ عِتْقُه وطَلَاقُه. ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ . ولأنَّه مانِعٌ نَفْسَه بِاليَمِينِ مِن جِماعِها، فكان مُولِيًا كالْمُسْلِمِ،

---

(76) فى ا ، ب : « العارض » .

(77) سقط من : ب .

ولأنَّ[78] مَنْ صَحَّ طَلاقُه ، صَحَّ إيلاؤُه ، كالمُسْلِمِ ، ومَنْ صَحَّتْ يَمِينُه عندَ الحاكِمِ ، صَحَّ إيلاؤُه كالْمُسْلِمِ .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ فى الإيلاءِ الغَضَبُ ، ولا قَصْدُ الإضْرارِ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ مَسْعُودٍ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأَهْلُ العِراقِ ، وابنُ المُنْذِرِ . /ورُوِىَ عن علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه : ليس فى إصْلاحٍ إيلاءٌ[79] . وعن ابنِ عَبَّاسٍ ، قال : إنَّما الإيلاءُ فى الغَضَبِ[80] . ونحوُ ذلك عن الحسنِ ، والنَّخَعِىِّ ، وقَتادَةَ . وقال مالِكٌ ، والأَوْزاعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ : مَنْ حَلَفَ لا يَطَأُ زَوْجَتَه حتى تَفْطِمَ وَلَدَه ، لا يكونُ إيلاءً ، إذا أرادَ الإصْلاحَ لِوَلَدِه . ولَنا ، عُمُومُ الآيَةِ ، ولأنَّه مانِعٌ [81]نَفْسَه عن[81] جِماعِها بيَمِينِه ، فكان مُولِيًا ، كحالِ الغَضَبِ ، يُحَقِّقُه[82] أَنَّ حُكْمَ الإيلاءِ يَثْبُتُ لِحَقِّ الزَّوْجَةِ ، فيجبُ أنْ يَثْبُتَ سَواءٌ قَصَدَ الإضْرارَ أو لم يَقْصِدْ ، كاسْتِيفاءِ دُيُونِها ، وإتْلافِ مالِها ، ولأَنَّ الطَّلاقَ والظِّهارَ وسائِرَ الأيمانِ سَواءٌ فى الغَضَبِ والرِّضَى ، فكذلك الإيلاءُ ، ولأنَّ حُكْمَ اليَمِينِ فى الكَفَّارَةِ وغيرِها سَواءٌ فى الغَضَبِ والرِّضَى ، فكذلك فى الإيلاءِ . وأمَّا إذا حَلَفَ أنْ لا يَطَأَها حتى تَفْطِمَ وَلَدَه ، فإنْ أرادَ وَقْتَ الفِطامِ ، وكانتْ مُدَّتُه تَزِيدُ على أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فهو مُولٍ ، وإنْ أَرادَ فِعْلَ الفِطامِ ، لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأَنَّه مُمْكِنٌ قبلَ الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ ، وليس بِمُحَرَّمٍ ، ولا فيه تَفْوِيتُ حَقٍّ لها ، فلم يكنْ مُولِيًا ، كما لو حَلَفَ لا يَطَأُها حتى تَدْخُلَ الدَّارَ .

فصل : فِى الأَلْفاظِ التى يكونُ بها مُولِيًا ، وهى ثلاثةُ أقْسامٍ ؛ أحدُها ، ما هو صَرِيحٌ

---

(78) فى الأصل ، م : « ولأنه » .

(79) أخرج نحوه البيهقى ، فى : باب الإيلاء فى الغضب ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٨١ ، ٣٨٢ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : الإيلاء فى الرضى والغضب ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٤١ .

(80) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٥ .

(81 – 81) فى ا : « لنفسه من » .

(82) فى ب ، م : « بحقه » .

فى الحُكْمِ والباطِنِ جميعًا ، وهى[83] ثلاثَـةُ ألْفـاظٍ ؛ قَوْلُـه : واللهِ لا أنيكُكِ[84]، ولا أُدْخِلُ ، ولا أُغَيِّبُ أو أُولِجُ ذَكَرِى فى فَرْجِكِ . ولا افْتَضَضْتُكِ . لِلْبِكْرِ خاصَّةً، فهذه صَرِيحَةٌ ، ولا يَدِينُ فيها ؛ لِأنَّها لا تَحْتَمِلُ غيرَ الإيلاءِ . القِسْمُ الثَّانِى ، صَرِيحٌ[85] فى الحُكْمِ، ويَدِينُ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى، وهى عشرةُ ألفاظٍ : لا وَطِئْتُكِ، ولا جامَعْتُكِ، ولا أَصَبْتُكِ، ولا باشَرْتُكِ، ولا مَسَسْتُكِ، وَلا قرُبْتُكِ، ولا أتَيْتُكِ، ولا باضَعْتُكِ، ولا بَاعَلْتُكِ، ولا اغْتَسَلْتُ مِنْكِ. فهذه صَرِيحَةٌ فى الحُكْمِ؛ لأنَّها تُسْتَعْمَلُ فى العُرْفِ فى الوَطْءِ. وقد وَرَدَ القُرْآنُ ببَعْضِها فقال اللهُ سبحانه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُـرْنَ فَإِذَا تَطَهَّـرْنَ فَأْتُـوهُنَّ﴾[86]. وقال: ﴿وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُـمْ عَاكِفُـونَ فِي الْمَسَاجِـدِ﴾[87]. وقـال تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[88]. وأمَّا الجماعُ والوَطْءُ، فهما أشْهَرُ الألْفـاظِ فى الاسْتِعْمالِ، فلو قال: أرَدْتُ بالوَطْءِ الوَطْءَ بالقَدَمِ، وبالجِماعِ [89]اجْتِماعَ الأجْسامِ[89]، وبالإصابَـةِ الإصابَـةَ بالْيَـدِ. دِيـنَ فيمـا بَيْنَـه وبيـنَ اللهِ تَعالَـى، ولم يُقْبَـلْ فى الحُكْمِ ؛ لأنَّه خِلافُ الظاهِرِ / والعُرْفِ . وقد اخْتَلَفَ قولُ الشَّافِعِىِّ فيما عَدا الوَطْءَ والجِماعَ مِنْ هذه الألْفاظِ ، فقال فِى مَوْضِعٍ : ليس بِصَرِيحٍ فى الحُكْمِ ؛ لأنَّه حَقِيقَةٌ فى غيرِ الجِماعِ . وقال فى : لا باضَعْتُكِ : ليسَ بِصَرِيحٍ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ مِن الْتِقاءِ البُضْعَتَيْنِ ، البُضْعَةِ مِنَ البَدَنِ بالبُضْعَةِ منه ؛ فَإنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « فاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّى »[90] . ولَنا ، أنَّه مُسْتَعْمَلٌ فى الوَطْءِ عُرْفًا ، وقد وَرَدَ به القُرْآنُ وَالسُّنَّـةُ ، فكـان

٨/٦٦و

---

(٨٣) فى م : « وهو » .
(٨٤) فى الأصل ، ا ، م : « آتيك » .
(٨٥) فى م : « تصريح » .
(٨٦) سورة البقرة ٢٢٢ .
(٨٧) سورة البقرة ١٨٧ .
(٨٨) سورة البقرة ٢٣٧ .
(٨٩ – ٨٩) فى الأصل : « الاجتماع بالأجسام » .
(٩٠) أخرجه البخارى ، فى : باب مناقب قرابة رسول الله ﷺ ومنقبة فاطمة ، وباب ذكر أصهار النبى ، وباب مناقب فاطمة عليها السلام، من كتاب فضائل الصحابة وفى : باب ذب الرجل عن ابنته فى الغيرة والإنصاف، من=

صَرِيحًا ، كلَفظِ الوَطْءِ والجِماعِ ، وكَوْنُه حَقِيقَةً فى غيرِ الجِماعِ يَبْطُلُ بلَفْظَةِ الوَطْءِ والجِماعِ ، وكذلك قَوْلُه : فارَقْتُكِ ، وسَرَّحْتُكِ . فى ألْفاظِ الطَّلاقِ ، فإنَّهم قالُوا : هى صَرِيحَةٌ فى الطَّلاقِ ، مع كَوْنِها حَقِيقَةً فى غيرِه ، وأمَّا قولُه : باضَعْتُكِ . فهو مُشْتَقٌّ مِن البُضْعِ ، ولا يُسْتَعْمَلُ هذا اللَّفْظُ فى غيرِ الوَطْءِ ، فهو أوْلَى أنْ يكونَ صَرِيحًا مِنْ سائِرِ الألْفاظِ ؛ لأنَّها تُسْتَعْمَلُ فى غيرِه . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ . القِسْمُ الثَّالِثُ ، مالا يكونُ إيلاءً إلَّا بالنِّيَّةِ ، وهو ما عَدَا هذه الألْفاظَ ، مِمَّا يَحْتَمِلُ الجِماعَ ، كقَوْلِه : واللهِ لا يَجْمَعُ رَأْسِى ورَأْسَكِ شىءٌ . لا سَاقَفَ رأسِى رأسَكِ . لأَسُوأنَّكِ . لأَغِيظَنَّكِ . لَتَطُولَنَّ غَيْبَتِى عنكِ . لا مَسَّ جِلْدِى جِلدَكِ . لاقَرَبْتُ فِراشَكِ . لا آوَيْتُ معكِ . لا نِمْتُ عندَكِ . فهذه إنْ أرادَ بها الجِماعَ ، واعْتَرفَ بذلك ، كان مُولِيًا ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّ هذه الألفاظَ ليست ظاهرةً فى الجِماعِ ، كظُهُورِ التى قبلَها ، ولم يَرِدِ النَّصُّ باسْتعمالِها فيه ، إلَّا أنَّ هذه الألفاظَ[91] مُنْقَسِمَةٌ إلى ما يَفْتَقِرُ فيه إلى نِيَّةِ الجِماعِ والمُدَّةِ معًا ، وهى قولُه : لأَسُوأنَّكِ ، ولأَغِيظَنَّكِ ، ولَتَطُولَنَّ غَيْبَتِى عنكِ . فلا يكونُ مُولِيًا حتى يَنْوِىَ تَرْكَ الجِماعِ فى مُدَّةٍ تَزِيدُ على أربعةِ أشهُرٍ ؛ لأنَّ غَيْظَها يكونُ بتركِ الجِماعِ فيما دونَ ذلك[92] ، وفى سائرِ هذه الألْفاظِ يَكونُ مُولِيًا بِنِيَّةِ الجِماعِ فقط . وإنْ قال : واللهِ لَيَطُولَنَّ تَرْكِى لجِماعِكِ ، أو لِوَطْئِتِكِ ، أو لإِصابَتِكِ . فهذا صريحٌ فى تَرْكِ الجِماعِ ، وتُعْتَبَرُ نِيَّةُ المُدَّةِ دونَ نِيَّةِ الوَطْءِ ؛ لأنَّه صريحٌ فيه . وإنْ قال : وَاللهِ لاجامَعْتُكِ إلَّا جِماعًا ضَعِيفًا . لم يكُنْ مُولِيًا ، إلَّا أنْ يَنْوِىَ جِماعًا لا يَبْلُغُ التقاءَ الخِتانَيْنِ . وإنْ قال : واللهِ لا أدخَلْتُ جميعَ

= كتاب النكاح . صحيح البخارى ٥ / ٢٦ ، ٢٨ ، ٣٦ ، ٧ / ٤٧ . ومسلم ، فى : باب فضائل فاطمة بنت النبى ﷺ ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ٤ / ١٩٠٢ ، ١٩٠٣ . وأبو داود ، فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٨ . والترمذى ، فى : باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من كتاب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣ / ٢٤٦ ، ٢٤٧ . وابن ماجه ، فى : باب الغيرة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٣ ، ٦٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٥ ، ٣٢٦ . والبيهقى ، فى : باب من يعتق بالملك ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ١٠ / ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

(٩١) سقط من : ب .

(٩٢) فى ب : « الفرج » .

ذَكَرِى فى فَرْجِك . لم يكُنْ مُولِيًا ؛ لأَنَّ الوَطْءَ الذى يَحْصُل به الفَيْئةُ ، يَحْصُل بدُونِ إيلاجِ جَميعِ الذَّكَرِ . وإنْ قال : واللهِ لا أُولَجْتُ حَشَفَتِى فى / فَرْجِكِ . كان مُولِيًا ؛ لأنّ الفَيْئةَ لا تَحْصُلُ بدونِ ذلك .

٨/٦٦ظ

فصل : وإذا[٩٣] قال لإحْدَى زَوْجَتَيه : واللهِ لا وَطِئْتُكِ . ثم قال لِلأُخْرَى : أَشْرَكْتُكِ معها . لم يَصِرْ مُولِيًا من الثانيةِ ؛ لأنّ اليمينَ باللهِ لا يَصِحُّ إلَّا بِلَفظٍ صريحٍ من اسْمٍ أو صِفةٍ ، والتَّشْرِيكُ بينهما كِنايةٌ ، فلم تَصِحَّ به اليمينُ . وقال القاضى : يكونُ مُولِيًا[٩٤] منهما . وإنْ قال : إنْ وَطِئْتُكِ ، فأنتِ طالِقٌ . ثم قال لِلأُخْرَى : أَشْرَكْتُكِ معها . وَنَوَى[٩٤] ، فقد صارَ طَلَاقُ الثَّانِيةِ مُعَلَّقًا على وَطْئِها أيضًا ؛ لأنَّ الطَّلاقَ يصِحُّ بالكِنايةِ ، فإنْ قُلْنا : إنَّ ذلك إيلاءٌ فى الأُولَى . صارَ إيلاءً فى الثَّانِيةِ ؛ لأنَّها صارتْ فى مَعْناها ، وإلَّا فليس بإيلاءٍ فى واحِدَةٍ منهما . وكذلك لو آلَى رجلٌ من زوجَتِه ، فقال آخَرُ لِامرَأَتِه : أنتِ مِثْلُ فلانة . لم يكُنْ مُولِيًا . وقال أَصحابُ الرَّأْيِ : هو مُولٍ . ولَنا ، أنَّه ليس بصَرِيحٍ فى القَسَمِ ، فلا يكونُ مُولِيًا به ، كما لو لم[٩٥] يُشَبِّهْها بها .

فصل : ويصِحُّ الإيلاءُ بكلِّ لُغَةٍ من العَجَمِيَّةِ وغيرِها ، مِمَّنْ يُحْسِنُ العربيَّةَ ، ومِمَّن لا يُحْسِنُها ؛ لأنَّ اليمينَ تَنْعَقِدُ بغيرِ العربيَّةِ ، وتَجِبُ بها الكَفَّارةُ . والمُولِى هو الحالِفُ باللهِ على تَرْكِ وطءِ زَوْجَتِه ، المُمْتَنِعُ من ذلك بِيَمِينه . فإنْ آلَى بالعَجَمِيَّة مَنْ لا يُحْسِنُها ، وهو لا يَدْرِى مَعْناها ، لم يكُنْ مُولِيًا ، وإنْ نَوَى مُوجِبَها عندَ أَهْلِها . وكذلك الحُكْمُ إذا آلَى بالعربيَّة مَنْ لا يُحْسِنُها ؛ لِأنَّه لا يصِحُّ مِنه قَصْدُ الإيلاءِ بلفظٍ لا يَدْرِى مَعْناه . فإن اختَلَفَ الزَّوْجانِ فى مَعْرِفَتِه بذلك ، فالقَوْلُ قولُه إذا كان مُتَكَلِّمًا بغيرِ لِسانِه ؛ لِأَنّ الأَصلَ عَدَمُ مَعْرِفَتِه بها . فأمَّا إنْ آلَى العَرَبِيُّ بالعربيّة ، ثم قال : جَرى على لِسانِى من غيرِ

---

(٩٣) فى ب ، م : « وإن » .

(٩٤) سقط من : الأصل .

(٩٥) سقط من : ب ، م .

قَصْدٍ . أو قال ذلك العَجَمِيُّ فى إيلائِه بالعَجَمِيَّةِ ، لم يُقْبَلْ فى الحُكمِ ؛ لأنَّه خلافُ الظَّاهِرِ .

فصل: ومُدَّةُ الإيلاءِ فى حقِّ الأحْرارِ والعَبيدِ والمُسلمين وأهلِ الذِّمَّةِ سواءٌ، ولا فَرْقَ بين الحُرَّةِ والأَمةِ ، والمُسْلِمَةِ والذِّمِّيَّةِ ، والصَّغيرَةِ والكَبيرةِ، فى ظاهِرِ المذهبِ . وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وابنِ المُنْذِرِ . وعن أحمدَ، روايةٌ أُخْرَى، أنَّ مُدَّةَ إيلاءِ العَبيدِ شَهْرانِ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . وقَوْلُ عَطاءٍ، والزُّهْرِيِّ، ومَالِكٍ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّهم على النِّصْفِ فى الطَّلاقِ، وعَدَدِ المَنْكوحاتِ، فكذلك فى مُدَّةِ الإيلاءِ . وقال الحسنُ، والشَّعْبِيُّ : إيلاؤُه من الأَمَةِ شَهْرانِ ، ومن الحُرَّةِ أرْبَعَةٌ . وقال الشَّعْبِيُّ : إيلاءُ الأَمَةِ نِصْفُ إيلاءِ الحُرَّةِ . وهذا قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ؛ لأنَّ ذلك تَتعلَّقُ به البَيْنُونَةُ عندَه، فاخْتَلَفَ[٩٦] بالرِّقِّ والحُرِّيَّةِ كالطَّلاقِ، ولأنَّها مدةٌ يَثْبُتُ ابتداؤُها بقولِ الزَّوجِ ، فوَجَبَ أنْ / يَخْتلفَ بِرِقِّ المرأةِ وحُرِّيَّتِها ، كمُدَّةِ العِدَّةِ . ولَنا ، عُمومُ الآيةِ ، ولأنَّها مدَّةٌ ضُرِبَتْ لِلْوَطْءِ ، فاستَوَى فيها الرِّقُّ والحُرِّيَّةُ ، كمُدَّة العُنَّةِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ البَيْنُونَةَ تَتَعلَّقُ بها ، ثم يَبْطُل ذلك بمُدَّة العُنَّةِ ، ويُخالِفُ مُدَّة العِدَّةِ ؛ لِأنَّ العدَّة مَبْنِيَّةٌ على الكَمالِ ، بدليلِ أنَّ الاسْتِبْراءَ يَحْصُلُ بِقُرْءٍ واحِدٍ ، وأمَّا مدَّةُ الإيلاءِ فإنَّ الِاسْتِمْتاعَ بالحُرَّةِ أكثرُ ، وكان يَنْبَغى أنْ تَتقدَّمَ مُطالَبَتُها مُطالَبَةَ الأَمَةِ ، والحقُّ على الحُرِّ فى الاسْتِمْتاعِ أكْثَرُ منه على العَبْدِ ، فلا تَجوزُ الزِّيادةُ فى مُطالَبَةِ العَبْدِ عليه .

٦٧/٨و

١٢٩٩ ــ مسألة ؛ قال : (**فَإِذَا مَضَتْ أرْبَعَةُ أشْهُرٍ ، وَرَافَعَتْه ، أُمِرَ بِالْفَيْئَةِ**[١] ، **والْفَيْئَةُ الْجِماعُ**)

وجملةُ ذلك أنَّ المُولِىَ يتربَّصُ أربعةَ أشهرٍ ، كما أمَرَ اللهُ تعالى ، ولا يُطالَبُ بالوَطْءِ[٢]

(٩٦) فى ب ، م : « واختلف » .

(١) فى ب ، م : « الفيئة » .

(٢) سقط من : م .

فيهنَّ ، فإذا مَضَتْ أربعةُ أشْهُرٍ ، ورَافَعَتْه امرأتُه إلى الحاكِمِ ، وَقَفَه ، وَأَمَرَه بالفَيْئَةِ ، فإن أبَى أَمَرَه بالطَّلاقِ ، ولا تَطْلُقُ زوجتُه بنَفْسِ مُضِيِّ المُدَّةِ . قال أحمدُ في الإيلاءِ : يُوقَفُ ، عن الأكابِرِ من أصْحابِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ عن عمرَ شيءٌ يدلُّ على ذلك ، وعن عُثْمانَ ، وعليٍّ ، وجَعَلَ يُثْبِتُ حديثَ عليٍّ . وبه قال ابنُ عمرَ ، وعائشةُ . ورُوِيَ ذلك عن أبي الدَّرْداءِ . وقال سليمانُ بنُ يَسارٍ : كان تِسْعَةَ عَشَرَ رجلًا من أصحابِ محمَّدٍ ﷺ يُوقِفونَ في الإيلاءِ[٣] . وقال سُهَيْلُ بن أبي صالحٍ : سَأَلْتُ اثْنَيْ عَشَرَ من أصْحابِ النَّبِيِّ ﷺ ، فكلُّهم يقولُ : ليس عليه شيءٌ ، حتَّى يَمْضِيَ أربعةُ أشهرٍ ، فيُوقَفُ ، فإنْ فاءَ ، وإلَّا طَلَّقَ[٤] . وبهذا قال سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعُرْوَةُ ، ومُجاهِدٌ ، وطاوُسٌ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال ابنُ مسعودٍ ، وابنُ عباسٍ ، وعِكْرِمَةُ ، وجابِرُ بنُ زيدٍ ، وعَطاءٌ ، والحَسَنُ ، ومَسْرُوقٌ ، وقَبِيصَةُ ، والنَّخَعِيُّ ، والأوْزاعِيُّ ، وابنُ أبي لَيْلَى ، وأصْحابُ الرَّأْيِ : إذا مَضَتْ أربعةُ أشهرٍ ، فهي تطليقةٌ بائِنةٌ . ورُوِيَ ذلك عن عثمانَ ، وعليٍّ ، وزيدٍ ، وابنِ عمرَ ، ورُوِيَ عن أبي بَكْرِ بنِ عبدِ الرحمنِ ، ومَكْحولٍ ، والزُّهْرِيِّ ، تَطْلِيقةٌ رَجْعِيَّةٌ . ويُحْكَى عن ابنِ مسعودٍ أنَّه كان يَقْرأُ : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا ﴾ فِيهِنَّ ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[٥] . ولأنَّ هذه مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لاسْتِدْعاءِ الفِعْلِ منه ، فكان ذلك في المُدَّة كمُدَّة العُنَّةِ . ولَنا ، قَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ . وظاهِرُ

---

(٣) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤ / ٦١ ، ٦٢ . والبيهقي ، في : باب من قال : يوقف المولى ... ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧/٣٧٦ . والإمام الشافعي ، في : الباب الثاني في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . المسند ٢/٤٢ . وسعيد بن منصور ، في : باب من قال : يوقف المولى عند الأربعة الأشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٣٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب في المولى يوقف ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٣٢ .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤ / ٦١ . والبيهقي ، في : باب من قال : يوقف المولى ... ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧/٣٧٧ .

(٥) سورة البقرة ٢٢٦ .

٨/٦٧ظ ذلك أنَّ الفَيْئَةَ بَعْدَ أربعةِ أشْهُرٍ ؛ /لِذِكْرِه الفَيْئَةَ بعدَها بالفاءِ المُقْتَضِيَةِ لِلتَّعْقِيبِ ، ثم قال : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[٦] . ولو وَقَع بمُضِيِّ المُدَّةِ ، لم يَحْتَجْ إلى عَزْمٍ عليه ، وقولُه : ﴿ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ يَقْتَضِي أنَّ الطَّلاقَ مَسْمُوعٌ ، ولا يكونُ المَسموعُ إلَّا كَلامًا ، ولأنَّها مُدَّةٌ ضُرِبَتْ له تَأْجيلًا ، فلم يَسْتَحِقَّ المُطالبَةَ فيها ، كسائِرِ الآجالِ ، ولأنَّ هذه مدَّةٌ لم يَتَقَدَّمْها إيقاعٌ ، فلا يَتَقَدَّمُها وُقوعٌ ، كمُدَّة العُنَّةِ . ومُدَّةُ العُنَّةِ حجَّةٌ لنا ؛ فإنَّ الطَّلاقَ لا يَقَعُ إلَّا[٧] بمُضِيِّها ، ولأنَّ مدَّةَ العُنَّةِ ضُرِبَتْ له لِيُخْتَبَرَ فيها ، ويُعْرَفَ عَجْزُه عن الوَطْءِ بتَرْكِهِ في مدَّتِها ، وهذه ضُرِبَتْ تأخيرًا له وتأجيلًا ، ولا يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ إلَّا بعدَ مُضِيِّ الأَجَلِ ، كالدَّيْنِ .

فصل : وابتداءُ المُدَّةِ من حينِ اليمينِ ، ولا يَفْتَقِرُ إلى ضَرْبِ مدَّةٍ ؛ لِأنَّها ثَبَتَتْ بالنَّصِّ والإجْماعِ ، فلم تَفْتَقِرْ إلى ضَرْبٍ[٨] ، كمُدَّة العُنَّةِ . ولا يُطالَبُ بالوَطْءِ فيها ؛ لما ذَكَرْنا ، فإنْ وَطِئَها[٩] فيها فَقَدْ عَجَّلَ[١٠] حَقَّها قبلَ مَحِلِّه ، وخَرَجَ من الإيلاءِ ، كمَن عليه دَيْنٌ[١١] دَفَعَه قبل الأجَلِ . وهكذا إنْ وَطِئَ بعدَ المدَّةِ ، قبلَ المُطالَبَةِ أو بَعدَها ، خرَج من الإيلاءِ . وسواءٌ وَطِئَها ، وهي عاقِلةٌ أو مجنونةٌ ، أو يَقْظانةٌ أو نائمةٌ ؛ لِأنَّه فعَلَ ما حَلَفَ عليه ، فإنْ وَطِئَها وهو مَجْنُونٌ ، لم يَحْنَثْ . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ . وهو قَوْلُ الشَّعْبِيِّ . وقال أبو بكرٍ : يَحْنَثُ ، وعليه الكفَّارةُ ؛ لأنَّه فعَل ما حَلَفَ عليه . والأوَّل أصحُّ ؛ لِأنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، والقَلَمُ عنه مَرْفوعٌ ، ويخْرُجُ بوَطْئِه عن الإيلاءِ ؛ لِأنَّه قد وَفَّاها حقَّها ، وحَصَلَ منه في حقِّها ما يَحْصُلُ من العاقِلِ ، وإنَّما تَسْقُطُ الكفَّارَةُ عنه لِرَفْعِ القَلَمِ عنه . ذَكَرَ هذا ابنُ حامِدٍ . وهو أَحَدُ الوَجْهين لأصْحابِ الشَّافِعِيِّ . وذَكَرَ القاضي ما

---

(٦) سورة البقرة ٢٢٧ .

(٧) في م زيادة : « إلا » .

(٨) في ا زيادة : « مدة » .

(٩) في ا : « وطئ » .

(١٠) في ا ، ب ، م : « عجلها » .

(١١) سقط من : ا ، م .

يدلُّ على أنَّه يَبْقَى مُولِيًا ؛ فإنَّه قال : إذا وَطِئَ بعدَ إفاقَتِه ، تَجِبُ عليه الكَفَّارَةُ ؛ لأنَّ وَطْأَه الأَوَّلَ ما حَنِثَ به ، وإذا بَقِيَتْ يَمِينُه ، بَقِيَ الإيلاءُ ، كما لو لم يَطَأْ . وهذا قولُ المُزَنِيِّ . ويَنْبَغِي أن يُسْتَأْنَفَ له مُدَّةُ الإيلاءِ من حينَ وَطِئَ ؛ لِأَنَّه لا يَنْبَغِي أنْ يُطالَبَ بالفَيْئَةِ مع وُجودِها منه ، ولا يُطَلَّقُ عليه ؛ لانتِفائِها وهي موجودةٌ ، ولكنْ تُضْرَبُ له مدَّةٌ لِبقاءِ حُكْمِ يمينِه . وقيلَ : تُضْرَبُ له المدَّةُ إذا عَقَلَ ؛ لِأَنَّه حينئذٍ يُمْنَعُ من الوَطْءِ بِحُكْمِ يَمينِه . ومن قال بالأَوَّلِ قال : قد وفَّاها حَقَّها ، فلم يَبْقَ الإيلاءُ ، كما لو حَنِثَ ، ولا يَمْتَنِعُ انتفاءُ الإيلاءِ مع اليمينِ ، كما لو حَلَفَ لا يَطَأُ أجنبيةً ، ثم تَزَوَّجَها .

فصل : وإن وَطِئَ العاقلُ ناسيًا لِيَمِينِه ، فهل يحنَثُ ؟ على روايتَيْنِ . فإنْ قُلنا : يَحْنَثُ . انْحَلَّ إيلاؤُه ، وذَهَبَتْ يَمِينُه . وإنْ قُلنا : لا يَحْنَثُ . فهل يَنْحَلُّ إيلاؤُه ؟ على / وَجْهينِ ، قياسًا على المجنونِ . وكذلك يُخَرَّجُ فيما إذا آلَى مِن إحْدَى زَوْجَتَيْه ، ثم وجَدها على فِراشِه ، فظنَّها الأُخْرَى ، فَوَطِئَها ؛ لأنَّه جاهلٌ بها ، والجاهِلُ كالنَّاسى فى الحِنْثِ . وكذلك إنْ ظَنَّها أجنبيةً فبانَتْ زَوْجَتَه . وإنِ اسْتَدْخَلَتْ ذَكَرَه وهو نائِمٌ ، لم يَحْنَثْ ؛ لِأَنَّه لم يفعَلْ ما حَلَفَ عليه ، ولِأَنَّ القَلَمَ مَرْفوعٌ عنه . وهل يَخْرُجُ من حُكْمِ الإيلاءِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهينِ ؛ أحدُهما ، يَخْرُجُ ؛ لِأَنَّ المرأةَ وصَلت إلى حَقِّها ، فأَشْبَه ما لو وَطِئَ . والثَّانى ، لا يخْرُجُ من حُكْمِ الإيلاءِ ؛ لِأَنَّه ما وفَّاها حقَّها ، وهو باقٍ على الامْتِناعِ من الوَطْءِ بِحُكْمِ اليَمِينِ ، فكان مُولِيًا ، كما لو لم يُفْعَلْ به ذلك . والحُكْمُ فيما إذا وَطِئَ وهو نائمٌ كذلك ؛ لأنَّه لا يَحْنَث به .

٦٨/٨ و

فصل : وإنْ وَطِئَها وَطْئًا مُحَرَّمًا ، مِثْلَ أنْ وَطِئَها حائضًا ، أو نفساءَ ، أو مُحْرِمَةً ، أو صائِمَةً صَوْمَ فَرْضٍ ، أو كان مُحْرِمًا ، أو صائمًا ، أو مُظاهِرًا ، حَنِثَ ، وخَرَجَ من الإيلاءِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو بكرٍ : قياسُ المذهبِ أنْ لا يَخْرُجَ من الإيلاءِ ؛ لِأَنَّه وَطْءٌ لا يُؤْمَرُ به فى الفَيْئَةِ ، فلم[١٢] يَخْرُجْ به من الإيلاءِ ، كالوَطْءِ فى

(١٢) فى ا : « فلا » .

الدُّبُرِ . ولا يصحُّ هذا ؛ لأنَّ يَمِينَه انْحَلَّتْ ، ولم يَبْقَ مُمْتَنِعًا من الوَطْءِ بحُكْمِ اليَمِينِ ، فلم يَبْقَ الإيلاءُ ، كما لو كَفَّر عن[13] يَمِينِه ، أو كما لو وَطِئَها مريضةً . وقد نصَّ أحمدُ ، فى من حَلَفَ ، ثم كفَّر يَمينَه ؛ أنَّه لا يَبْقَى مُولِيًا ، لِعَدَمِ حُكْمِ اليمينِ مع أنَّه ما وفَّاها حقَّها ، فلأنْ يزولَ بزَوالِ اليمينِ بِحِنْثِه فيها أَوْلَى . وقد ذكر القاضى فى المُحْرِمِ[14] والمُظاهِرِ ، أنَّهما إذا وَطِئَا فقد وَفَّياها حَقَّها . وفارَقَ الوَطْءَ فى الدُّبُر ؛ فإنَّه لا يَحْنَثُ به ، وليس بِمَحل لِلْوَطْءِ ، بخلافِ مَسْأَلَتِنا .

فصل : وإذا آلى منها ، وَثَمَّ عُذْرٌ يَمْنعُ الوطءَ مِن جِهَةِ الزَّوْجِ ، كمَرَضِه ، أو حَبْسِه ، أو إحْرامِه ، أو صِيامِه ، حُسِبَتْ عليه المدَّةُ مِن حينِ إيلائِه ؛ لأنَّ[15] المانِعَ من جِهَتِه ، وقد وُجِدَ التَّمْكِينُ الذى عليها . ولذلك لو أَمْكَنَتْه من نَفْسِها ، وكان مُمْتَنِعًا لِعُذْرٍ ، وَجَبَتْ لها النَّفَقَةُ . وإنْ طَرَأَ شىءٌ من هذه الأعْذارِ بعدَ الإيلاءِ ، أو جُنَّ ، لم تنقطِعِ المُدَّةُ ؛ للمَعْنَى الَّذِى ذكَرْناه . وإنْ كان المانِعُ من جهتِها ، نَظَرْنا ؛ فإنْ كان حَيْضًا ، لم يمنعْ ضَرْبَ المُدَّةِ ؛ لِأنَّه لو مَنَعَ لم يُمْكِنْ ضَرْبُ المدَّةِ ؛ لأنَّ الحَيضَ فى الغالِبِ لا يَخْلُو منه شهرٌ ، فيُؤَدِّى ذلك إلى إسْقاطِ حُكْمِ الإيلاءِ ، وإن طَرَأَ الحَيْضُ ، لم يَقْطَعِ المُدَّةَ ؛ لما ذكَرْناه[16] . وفى النِّفاسِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، هو كالحَيْضِ ؛ لِأنَّ أحكامَه أحكامُ الحيضِ . والثانى ، هو كسائِرِ الأعْذارِ التى مِن جِهَتِها ؛ لأنَّه نادِرٌ / غيرُ مُعْتادٍ ، فأَشْبَهَ سائِرَ الأعْذارِ . وأمَّا سائرُ الأعْذارِ التى مِن جِهَتِها ؛ كَصِغَرِها ، ومرضِها ، وحَبْسِها ، وإحْرامِها ، وصِيَامِها واعْتِكافِها المفْرُوضَيْنِ ، ونُشُوزِها ، وغَيْبَتِها ، فمتى وُجِدَ منها شىءٌ حالَ الإيلاءِ ، لم تُضْرَبْ له المدَّةُ حتى يَزُولَ ؛ لأنَّ المُدَّةَ تُضْرَبُ لامْتناعِه

٦٨/٨ ظ

---

(١٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٤) فى ب : « المجرد » تحريف .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « لأنه » .

(١٦) فى ب ، م : « ذكرنا » .

من وَطْئِها ، والمنعُ هـٰهُنا من قِبَلِها . وإنْ وُجِدَ[17] شيءٌ مِن هذه الأسْبابِ ، استُؤْنِفَتِ المُدَّةُ ، ولم يَبْنِ على ما مَضَى ؛ لِأنَّ قولَه سبْحانَه : ﴿ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ يَقْتضِى مُتَوالِيةً . فإذا قَطَعَتْها ، وَجَبَ استِئْنافُها ، كمُدّةِ الشَهْرَيْنِ[18] فى صَوْمِ الكفّارةِ . وإنْ حَنِثَ[19] وهَرَبَتْ من يَدِه ، انْقَطَعَتِ المُـدَّةُ . وإنْ بَقِيَتْ فى يدِه وأمْكَنَه وَطْؤُها ، احتُسِبَ عليه بها[20] . فإن قيل : فهذه الأسْبابُ منها مالا صُنْعَ لها فيه ، فلا يَنْبَغِى أن تُقْطَعَ المُدَّة ، كالحَيْضِ . قُلْنا : إذا كان المَنْعُ لمعنًى فيها ، فلا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِه بِفِعْلِها ، أو بغيرِ فِعْلِها . كما أنَّ البائِعَ إذا تعذَّرَ عليه تَسْليمُ المَعْقودِ عليه ، لم يَتَوَجَّهْ له المُطالبةُ بِعِوَضِه ، سواءٌ كان لعُذْرٍ أو غيرِ عُذْرٍ . وإنْ آلَى فى الرِّدَّةِ ، لم تُضْرَبْ له المُدَّةُ إلَّا من حينِ رُجوعِ المُرْتَدِّ منهما إلى الإسْلامِ . وإنْ طَرَأَت الرِّدَّةُ فى أثناءِ المُدَّةِ ، انْقَطَعَت ؛ لِأنَّ النِّكاحَ قد تَشَعَّثَ وحَرُمَ الوَطْءُ ، فإذا عاد إلى الإسْلامِ ، استُؤْنِفَت المدَّةُ ، سواءٌ كانت الرِّدَّةُ منهما أو مِن أحدِهما . وكذلك إنْ أسلمَ أحَدُ الزوجَيْنِ الكافِرَيْـنِ ، أو خالَعَها ، ثم تَزَوَّجَها . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإذا انْقَضتِ المُدَّةُ ، فلها المُطالبةُ بالفَيْئَةِ إن لم يكُنْ عُذْرٌ . فإنْ طالبَتْه ، فطَلَبَ الإمْهالَ ، فإنْ لم يكُنْ له عُذْرٌ ، لم يُمْهَلْ ؛ لِأنَّه حقٌّ تَوَجَّهَ عليه ، لا عُذْرَ له فيه ، فلم يُمْهَلْ به ، كالدَّيْنِ الحالِّ ، ولأنَّ اللهَ تعالى جَعَلَ المُدَّة أربعةَ أشهرٍ ، فلا تجوزُ الزِّيادَةُ عليها بغيرِ عذرٍ ، وإنَّما يُؤَخَّرُ قَدْرَ ما يَتَمَكَّنُ مِنَ[21] الجماعِ فى حُكْمِ العادَةِ ؛ فإنَّه لا يَلْزَمُه الوَطْءُ فى مَجْلِسِه ، وليس ذلك بإمْهالٍ . فإنْ قال : أمْهِلونِى حتَّى آكُلَ فإنِّى جائِعٌ ، أو حتى[22] يَنْهَضِمَ الطَّعامُ فإنِّى كَظِيظٌ[23] . أو أُصَلِّىَ الفَرْضَ ، أو أُفْطِرَ من

---

(17) فى الأصل : « حدث » .

(18) فى ب ، م : « شهرين » .

(19) فى ا ، ب ، م : « حنثت » .

(20) فى الأصل : « به » .

(21) فى م : « مع » .

(22) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(23) الكظيظ : الممتلئ بالطعام حتى لا يطيق النفس .

صَوْمِى . أُمْهِلَ بِقَدْرِ ذلك ؛ فإنَّه يُعْتَبَرُ أَنْ يَصِيرَ إلى حالٍ يُجامِعُ فى مِثْلِها فى العادَةِ . وكذلك يُمْهَلُ حتَّى يَرْجِعَ إلى بَيْتِه ؛ (٢٤ لأَنَّ العادةَ فِعْلُ ذلك فى بَيْتِه ٢٤) . وإنْ كان لها عُذْرٌ يَمْنَعُ من وَطْئِها ، لم يكُنْ لها المُطالبةُ بالفَيْئةِ ؛ لأَنَّ الوطءَ مُمْتَنِعٌ من جِهَتِها ، فلم يكُنْ لها مُطالبتُه بما يَمْنَعُه منه ، ولأَنَّ المُطالبةَ فَرْعُ (٢٥) الاسْتِحْقاقِ ، وهى لا تستَحِقُّ الوَطْءَ فى هذه الأَحْوالِ ، وليس لها المُطالبةُ بالطَّلاقِ ؛ لأنَّه إنَّما يُسْتَحَقُّ عندَ امْتناعِه من الفَيْئَةِ / الواجِبَةِ ، ولم يَجِبْ عليه شىءٌ ، ولكنْ تتأَخَّرُ المُطالَبةُ إلى حالِ زوالِ العُذْرِ ، إن لم يكُنِ العُذْرُ قاطعًا للمُدَّةِ كالحَيْضِ ، أو كان العُذْرُ حَدَثَ بعدَ انْقضاءِ المدَّةِ .

٦٩/٨و

فصل : فإنْ عفتْ عن المُطالَبَةِ بعدَ وُجوبِها ، فقال بعضُ أصْحابِنا : يَسْقُطُ حقُّها ، وليس لها المُطالَبَةُ بعدَه . وقال القاضى : هذا قياسُ المذهَبِ ؛ لِأَنَّها رَضِيَتْ بإسْقاطِ حقِّها من الفَسْخِ لِعَدَمِ الوطءِ ، فَسَقَطَ حقُّها منه ، كامرأةِ العِنِّينِ إذا رَضِيَتْ بعُنَّتِه . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَسْقُطَ حقُّها ، ولها المُطالَبةُ متى شاءَتْ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّها تَثْبُتُ لِرَفْعِ الضَّرَرِ بتَرْكِ ما يَتَجَدَّدُ مع الأَحْوالِ ، فكان لها الرُّجوعُ ، كما لو أُعْسَرَ بالنَّفَقَةِ ، فعفَتْ عن المُطالَبَةِ بالفَسْخِ ، ثم طالَبَتْ ، وفارَقَ الفَسْخَ للعُنَّةِ ؛ فإنَّه فَسْخٌ لعَيْبِه ، فمتى رَضِيَتْ بالعَيْبِ ، سَقَطَ حَقُّها ، كما لو عَفا المُشْتَرِى عن عَيْبِ المَبِيعِ ، وإنْ سَكَتَتْ عن المُطالَبَةِ ، ثمَّ طالَبَتْ بعدُ ، فلها ذلك ؛ لأَنَّ حقَّها يَثْبُتُ على التَّراخِى ، فلم يَسْقُطْ بتأْخِيرِ المُطالَبَةِ ، كاسْتِحْقاقِ النَّفَقَةِ .

فصل : والأَمَةُ كالحُرَّةِ فى اسْتِحْقاقِ المطالَبةِ ، سَواءٌ عَفا السَّيِّدُ عن ذلك أو لم يَعْفُ ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لها ، حيثُ كان الاسْتِمْتاعُ يَحْصُلُ لها . فإنْ تَرَكَتِ المُطالَبَةَ ، لم يكنْ لِمَوْلاها الطَّلَبُ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له . فإنْ قيل : حَقُّه فى الولد ، ولهذا لم يَجُزِ العَزْلُ عنها (٢٦ إلَّا بإذْنِه ٢٦) . قُلْنا : لا يستَحِقُّ على الزَّوْجِ اسْتيلادَ المرأةِ ؛ ولذلك (٢٧) لو حَلَفَ لَيَعْزِلَنَّ

(٢٤-٢٤) سقط من : م .

(٢٥) فى الأصل ، ب ، م : « مع » .

(٢٦-٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : الأصل ، م . وفى ب : « وذلك » .

عنها ، أو لا يَسْتَوْلِدُها ، لم يكُنْ مُولِيًا ، ولو أنَّ المُولِىَ وَطِئَ بحيثُ يُوجَدُ الِتقاءُ الخِتانَيْنِ ، حَصَلَتِ الفَيْئَةُ ، وزالتْ عنه المطالَبةُ ، وإن لم يُنْزِلْ ، وإنَّما استُؤْذِنَ السَّيِّدُ فى العَزْلِ ؛ لِأَنَّه يَضُرُّ بالأَمَةِ ، فرُبَّما نَقَصَ قِيمَتَها .

فصل : فإنْ كانت المرأةُ صغيرةً ، أو مَجْنونةً ، فليس لهما المُطالَبةُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهما غيرُ مُعْتَبَرٍ ، وليس لِوَلِيِّهما المُطالَبةُ لهما ؛ لأَنَّ هذا طَرِيقُهُ الشَّهْوَةُ ، فلا يَقُوم غيرُهما مَقامَهما فيه[28] . فإنْ كانتا مِمَّنْ لا يُمْكِنُ وَطْؤُهما ، لم يُحْتَسَبْ عليه بالمُدَّةِ ؛ لأَنَّ المَنْعَ من جِهَتِهما . وإنْ كان وَطْؤُهُما مُمْكِنًا . فإنْ أفاقَتِ المجنونةُ ، أو بَلَغَتِ الصغيرةُ ، قَبْلَ انقضاءِ المدَّةِ ، تُمِّمَتِ المُدَّةُ ، ثم لها المُطالبةُ ، وإنْ كان ذلك بعدَ انْقِضاءِ المُدَّةِ ، فلهما المُطالَبةُ يومَئِذٍ ؛ لِأَنَّ الحقَّ لهما ثابِتٌ ، وإنَّما تأَخَّر لعدمِ إمكانِ المُطالَبةِ . وقال الشَّافِعِىُّ : لا تُضْرَبُ المدَّةُ فى الصغيرةِ حتَّى تَبْلُغَ . وقال أبو حَنِيفَةَ : تُضْرَبُ المدَّةُ ، سواءٌ أَمْكَنَ الوطْءُ أو لم يُمْكِنِ الوطءُ ، فإنْ لم يُمْكِنْ فاءَ بِلِسانِه ، / وإلَّا بانتْ بانْقِضاءِ المُدَّةِ . وكذلك الحكمُ عنده[30] فى النَّاشِزِ ، والرَّتْقاءِ ، والقَرْناءِ ، والَّتِى غابَتْ فى المُدَّةِ ؛ لأَنَّ هذا إيلاءٌ صحيحٌ ، فوجبَ أن تَتَعقَّبَه المدَّةُ ، كالتى يُمْكِنُه جماعُها . ولَنا ، أنَّ حقَّها من الوَطْءِ يسقُطُ بتَعذُّرِ جماعِها ، فوجَبَ أنْ تَسْقُطَ المُدَّةُ المَضْرُوبةُ له ، كما يسْقُطُ أَجَلُ الدَّيْنِ بسقُوطِه . وأمَّا الَّتى أمْكَنَه جماعُها ، فتُضْرَبُ له المُدَّةُ فى حقِّها ؛ لأنَّه إيلاءٌ صحيحٌ مِمَّنْ يُمْكِنُه جماعُها ، فتُضْرَبُ له المُدَّة كالبالِغةِ ، ومَتَى[31] قَصَدَ الإضرارَ بهما[32] بتَرْكِ الوطءِ أَثِمَ ، ويُستحبُّ أن يُقالَ له : اتَّقِ اللهَ فإمَّا أن تَفِىءَ ، وإمَّا أنْ تُطَلِّقَ ، فإنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ ﴾[33] . وقال تعالى :

٦٩/٨ ظ

---

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) سقط من : الأصل ، م . وفى ا : « ثم لهما » .

(٣٠) فى الأصل : « عنه » .

(٣١) فى ا ، ب ، م : « والتى » .

(٣٢) فى ا ، ب ، م : « بها » .

(٣٣) سورة النساء ١٩ .

﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٣٤] . وليس الإضْرَارُ مِن المُعاشَرَةِ بِالمَعْرُوفِ .

١٣٠٠ – مسألة ؛ قال : (وَالفَيْئَةُ : الجِماعُ)

ليس فى هذا اختلافٌ بحمدِ اللهِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ ، على أنَّ الفَىْءَ الجماعُ . كذلك قال ابنُ عَبَّاسٍ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وابنِ مسعودٍ . وبه قال مَسْرُوقٌ ، وعَطاءٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ، وسعيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو عُبَيْدَةَ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، إذا لم يكُنْ عُذْرٌ . وأصلُ الفَىْءِ الرُّجوعُ ، ولذلك يُسَمَّى الظِّلُّ بعدَ الزَّوالِ فَيْئًا ؛ لأنَّه رَجَعَ مِنَ المَغْرِبِ إلى المشْرِقِ ، فسُمِّىَ الجِماعُ من المُولِى فَيْئَةً ؛ لأنَّه رُجُوعٌ[١] إلى فِعْلِ ما تَرَكَه . وأدْنَى الوَطْءِ الَّذِى تَحْصُلُ به الفيئةُ ، أنْ تَغِيبَ الحَشَفَةُ فى الفَرْجِ ؛ فإنَّ أحْكامَ الوَطْءِ تَتَعَلَّقُ به . ولو وَطِئَ دونَ الفَرْجِ ، أو فِى الدُّبُرِ ، لم يكُنْ فيئةً ؛ لِأنَّه ليس بمَحْلوفٍ على تَرْكِه ، ولا يَزُولُ الضَّرَرُ بِفِعْلِه .

فصل : وإذا فاءَ ، لَزِمَتْه الكفَّارةُ ، فى قولِ أكْثَرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ ذلك عن زيدٍ ، وابنِ عباسٍ . وبه قال ابنُ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وقَتادَةُ ، ومالِكٌ ، وأهلُ المدينةِ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، وابنُ المُنْذِرِ . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِىِّ . وله قولٌ آخَرُ : لا كفَّارَةَ عليه . وهو قولُ الحسنِ . وقال النَّخَعِىُّ : كانوا يقُولون ذلك ؛ لِأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[٢] . قال قَتادَةُ : هذا خالَفَ النَّاسَ . يعنى قولَ الحسنِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ فَكَفَّارَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ ﴾ الآيةَ إلى قولِه : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَـٰنِكُمْ إِذَا

---

(٣٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(١) فى م : « رجع » .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

حَلَفْتُمْ ﴾[٣] . وقال سبحانه : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾[٤] . وقال النَّبِىُّ ﷺ : « إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْها / ، فَأْتِ الَّذِى هُوَ خَيْرٌ ، وَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ » . مُتَّفَقٌ عليه[٥] . ولِأَنَّه حالِفٌ حانِثٌ فى يَمِينِه ، فَلَزِمَتْهُ الكفَّارةُ كما لو حَلَفَ على تَرْكِ فريضةٍ ثم فعَلَها ، والمغْفِرَةُ لا تُنافِى الكفَّارةَ ، فإنَّ اللهَ تَعالَى قد غَفَرَ لرسولِه ﷺ ما تَقَدَّمَ من ذَنْبِه وما تأَخَّرَ ، وقد كان يقول : « إِنِّى وَاللهِ لا أَحْلِفُ عَلَى يَمِينٍ فَأَرَى غَيْرَها خَيْرًا مِنهَا ، إِلَّا أَتَيْتُ الَّذِى هُوَ خَيْرٌ ، وتَحَلَّلْتُهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[٦] .

٧٠/٨و

فصل : وإن كان الإيلاءُ بتَعْليقِ عِتْقٍ أو طَلَاقٍ ، وَقَعَ بِنَفْسِ الوَطْءِ ؛ لِأَنَّه مُعَلَّقٌ بصِفَةٍ ، وقد وُجِدَتْ . وإن كان على نَذْرٍ ، أو عِتْقٍ ، أو صَوْمٍ ، أو صلاةٍ ، أو صَدَقَةٍ ، أو حَجٍّ ، أو غيرِ ذلك من الطاعاتِ أو المباحاتِ ، فهو مُخَيَّرٌ بين الوفاءِ به وبينَ كفَّارةِ

---

(٣) سورة المائدة ٨٩ .

(٤) سورة التحريم ٢ .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ﴾ ، وباب لا تحلفوا بآبائكم ، من كتاب الأيمان والنذور ، وفى : باب من لم يسأل الإمارة أعانه الله ، وباب من سأل الإمارة وكل إليها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٨ / ١٥٩ ، ١٦٥ ، ٩ / ٧٩ . ومسلم ، فى : باب ندب من حلف يمينا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٩ ، ١٢٧١–١٢٧٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب اليمين فى قطيعة الرحم ، وباب الرجل يكفر قبل أن يحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبى داود ٢ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من حلف ... ، وباب ما جاء فى الكفارة قبل الحنث ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٧ / ١٠ ، ١١ . والنسائى ، فى : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب الكفارة قبل الحنث ، وباب الكفارة بعد الحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٧ / ٩–١٢ . وابن ماجه ، فى : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب من قال : كفارتها تركها ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٨١ ، ٦٨٢ . والدارمى ، فى : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن الدارمى ٢ / ١٨٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٨٥ ، ٢٠٤ ، ٢١١ ، ٢١٢ ، ٣٦١ ، ٣ / ٧٦ ، ٤ / ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٥ / ٦١–٦٣ .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين ، من كتاب الخمس . وفى : باب الدجاج ، من كتاب الذبائح ، وفى : باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، من كتاب الكفارات ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ والله خلقكم وما تعملون ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٤ / ١٠٩ ، ٧ / ١٢٣ ، ٨ / ١٨٣ ، ٩ / ١٩٧ . ومسلم ، فى : باب ندب من حلف يمينا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٧٠ .

يمينٍ ؛ لِأنَّه نَذْرُ لَجاجٍ وغَضَبٍ ، فهذا حُكْمُه . وإن عَلَّقَ طلاقَها الثَّلاثَ بِوَطْئِها ، لم يُؤْمَرْ بالفَيْئَةِ ، وأُمِرَ بالطَّلاقِ ؛ لأنَّ الوطءَ غيرُ مُمْكِنٍ ؛ لِكَوْنها تَبِينُ منه بإيلاجِ الحَشَفَةِ ، فيصيرُ مُسْتَمْتِعًا بأجْنَبِيَّةٍ . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشَّافِعِيِّ . وأكثرُهم قالوا : تجوزُ الفَيْئَةُ ؛ لأنَّ النَّزْعَ تَرْكٌ للوطءِ ، وتَرْكُ الوَطْءِ ليس بوَطْءٍ . وقد ذَكَرَ القاضى أنَّ كلامَ أحمدَ يقْتَضِى روايَتَيْنِ ، كهٰذَيْنِ الوَجْهَيْنِ . واللائِقُ بمذهبِ أحمدَ تَحْرِيمُه ؛ لوجوهٍ ثَلاثةٍ ، أحدُها أنّ آخِرَ الوَطْءِ حَصَلَ فى أجنبيةٍ كما ذكَرْنا ؛ فإنَّ النَّزْعَ يُلْتَذُّ به كما يُلْتَذُّ بالإيلاجِ ، فيكونُ فى حُكْمِ الوَطْءِ ، ولذلك قُلْنا فى مَن طَلَعَ عليه الفجرُ وهو مُجامِعٌ ، فنزَعَ : أنَّه يُفْطِرُ . والتَّحْرِيمُ هٰهُنا أوْلَى ؛ لأنّ الفِطْرَ بالوَطْءِ . ويُمْكِنُ مَنْعُ كَوْنِ النَّزعِ وَطْئًا ، والمُحَرَّمُ هٰهُنا الاسْتِمْتاعُ ، والنَّزْعُ اسْتِمْتاعٌ ، فكان مُحرَّمًا ، ولِأنَّ لَمْسَها على وَجْهِ التَّلَذُّذِ بها مُحَرَّمٌ ، فلَمْسُ الفَرْجِ بالفَرْجِ أوْلَى بالتَّحْرِيمِ . فإنْ قيل : فهذا إنَّما يَحْصُلُ ضرورةَ تَرْكِ الوطءِ المحرَّمِ . قُلْنا : فإذا لم يُمْكِنِ الوَطْءُ إلَّا بفِعْلٍ مُحَرَّمٍ حُرِّمَ ضرورةَ تَرْكِ الحرامِ . كما لو اختلطَ لَحْمُ الخِنزيرِ بلحمٍ مُباحٍ ، لا يُمْكِنُه أكْلُه إلَّا بأكْلِ لحمِ الخنزيرِ ، حُرِّمَ ، ولو اشتَبَهَتْ مَيْتَةٌ بِمُذَكَّاةٍ ، أو امرأتُه بأجْنبيَّةٍ ، حُرِّمَ الكُلُّ . الوَجْهُ الثانى ، أنَّه بالوَطْءِ يَحْصُلُ الطَّلاقُ بعدَ الإصابةِ ، وهو طَلاقُ بِدْعَةٍ ، وكما يَحْرُمُ إيقاعُه بلسانِه ، يَحْرُمُ تحقيقُ سَبَبِه . الثالث ، أنَّه[7] يَقَعُ به طلاقُ البِدْعةِ مِن وَجْهٍ آخَرَ ، وهو جَمْعُ[8] الثَّلاثِ ، فإنْ وَطِئَ ، فعليه أنْ يَنْزِعَ حين[9] يُولِجُ الحَشَفَةَ ، ولا يزيدَ على ذلك ، ولا يَلْبَثَ ولا يتحرَّكَ عند النَّزْعِ ؛ لِأنَّها أجْنبيَّةٌ ، فإذا فعلَ ذلك ، فلا حَدَّ ولا مَهْرَ ؛ لِأنَّه تارِكٌ للوطءِ ، وإنْ لَبِثَ أو تَمَّمَ الإيلاجَ ، / فلا حَدَّ عليه ، لتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ منه ، لكَوْنِه وَطْئًا بَعْضُه فى زَوْجَتِه ، وفى المهرِ وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يلزمُه ؛ لأنَّه حَصَلَ منه وطءٌ مُحَرَّمٌ فى مَحلٍّ غيرِ مَمْلوكٍ ، فأوجبَ المهرَ ، كما لو أوْلَجَ بعدَ النَّزْعِ . والثانى ،

٨/٧٠ ظ

---

(٧) فى ا ، ب ، م : « أن » .

(٨) فى ا : « بجمع » .

(٩) فى ب : « حتى » .

لا يَجِبُ ؛ لأنَّه تابَعَ الإيلاجَ فى مَحَلٍّ مَمْلوكٍ ، فكان تابِعًا له فى سُقُوطِ المَهْرِ . وإنْ نَزَعَ ، ثم أوْلَجَ ، وكانا جاهِلَيْنِ بالتَّحْرِيمِ ، فلا حَدَّ عليهما ، وعليه المهرُ لها ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ . وإنْ[10] كانا عالِمَيْنِ بالتَّحْرِيمِ ، فعليهما الحدُّ ؛ لأنَّه إيلاجٌ فى أجْنَبِيَّةٍ بغيرِ شُبْهَةٍ ، فأشْبَهَ ما لو طَلَّقَها ثلاثًا ، ثمَّ وطِئَها ، ولا مهرَ لها ؛ لِأنَّها مُطاوِعَةٌ على الزِّنَى ، ولا يلْحَقُه النَّسَبُ ؛ لأنَّه من زِنًى لا شُبْهَةَ فيه . وذكرَ القاضى وجهًا ، أنَّه لا حَدَّ عليهما ؛ لأنَّ هذا مِمَّا يَخْفَى على كثيرٍ من الناس ، وهو وَجْهٌ لِأصحابِ الشَّافِعِىِّ . والصَّحيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الكلامَ فى العالِمَيْنِ ، وليس هو فى مَظِنَّةِ الخَفاءِ ؛ فإنَّ أكثَرَ المسلمينَ يعلَمونَ أنَّ الطَّلاقَ الثَّلاثَ مُحَرِّمٌ للمرأةِ . وإنْ كان أحدُهما عالمًا ، والآخَرُ جاهلًا ، نَظَرْتَ ؛ فإنْ كان هو العالِمَ ، فعليه الحَدُّ ، ولها المهرُ ، ولا يلحَقُه النَّسَبُ ؛ لِأنَّه زانٍ محدودٌ . وإنْ كانت هى العالِمَةَ دُونَه ، فعليها الحَدُّ وحْدَها ، ولا مهرَ لها ، والنَّسَبُ لاحِقٌ بالزَّوْجِ ، لِأنَّ وَطْأَهُ وَطْءُ شُبْهةٍ .

فصل : فإن قال : إن وَطِئْتُكِ ، فأنتِ عَلَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . فقال أحمدُ : لا يَقْرَبُها حتَّى يُكَفِّرَ . وهذا نَصٌّ فى تحْرِيمِها قبلَ التَّكْفيرِ ، وهو دليلٌ على تَحْرِيمِ الوَطْءِ فى المَسْأَلَةِ التى قَبْلَها بطَرِيقِ التَّنْبيهِ ؛ لِأنَّ المُطلَّقةَ ثلاثًا أعْظَمُ تحْريمًا من المُظاهَرِ منها . وإذا وَطِئَ هٰهُنا ، فقد صار مُظاهِرًا من زَوْجَتِه ، وزال حُكْمُ الإيلاءِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ إنَّما أرادَ ، إذا وَطِئَها مرَّةً ، فلا يطأُها حتَّى يُكَفِّرَ ؛ لكَوْنِه صار بالوَطْءِ مُظاهِرًا ، إذْ لا يَصِحُّ تَقْديمُ الكفَّارةِ على الظِّهارِ ؛ لِأنَّه سببُها ، ولا يجوزُ تَقْديمُ الحُكْمِ على سَبَبِه . ولو كفَّر قبلَ الظِّهارِ لم يُجْزِئْهُ . وقد رَوَى إسْحاقُ ، قال : قلتُ لأحمدَ ، فى من قال لزوجتِه : أنتِ عَلَىَّ كظَهْرِ أُمِّى إن قَرَبْتُكِ إلى سَنَةٍ . قال : إنْ جاءتْ تَطْلُبُ ، فليس له أن يَعْضُلَها بعدَ مُضِىِّ الأربعةِ الأشْهُرِ ، يُقالُ له : إمَّا أنْ تَفِىءَ ، وإمَّا أن تُطَلِّقَ . فإنْ وَطِئَها ، فقد وجَب عليه كفَّارةٌ ، وإنْ أبَى ، وأرادتْ مُفارَقَته ، طلَّقها الحاكِمُ عليه . فيَنْبَغِى أنْ تُحْمَلَ الرِّوايةُ

---

(١٠) فى الأصل : « وإذا » .

الأُولَى على المَنْعِ من الوَطءِ بعدَ الوَطءِ الَّذى صار به مُظاهِرًا ؛ لما ذكَرْناه ، فتكونُ الرِّوايتان مُتَّفِقَتَيْنِ . واللهُ تعالى أعلمُ .

١٣٠١ – مسألة ؛ قال : (أَوْ يَكُونُ لَهُ عُذْرٌ مِنْ مَرَضٍ ، أَوْ إِحْرَامٍ ، أَوْ شَىْءٍ لَا يُمْكِنُ مَعَهُ الْجِماعُ / ، فيقولُ : مَتَى قَدَرْتُ جَامَعْتُهَا . فَيَكُونُ ذٰلِكَ مِنْ قَوْلِه فَيْئَةً لِلْعُذْرِ) ٨/٧١و

وجملةُ ذلك أنَّه إذا مَضَتِ المُدَّةُ ، وبالمُولِى عُذْرٌ يَمْنَعُ الوَطْءَ من مَرَضٍ ، أو حَبْسٍ بغيرِ حقٍّ ، أو غيرِه ، لَزِمَه أنْ يَفِىءَ بلسانِه ، فيقولَ : متى قَدَرْتُ جامعتُها . أو نحوَ[1] هذا . ومِمَّن قال : يَفِىءُ بلسانِه إذا كان ذا عُذْرٍ . ابنُ مسعودٍ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، والنَّخَعِىُّ ، والحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وعِكْرِمَةُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال سَعِيدُ بنُ جُبَيْرٍ : لا يكونُ الفَىْءُ إلَّا بالجِماعِ[2] ، فى حالِ العُذْرِ وغيرِه . وقال أبو ثَوْرٍ : إذا لم يَقْدِرْ ، لم يُوقَفْ حتى يَصِحَّ ، أو يَصِلَ إنْ كان غائبًا ، ولا تَلْزَمُه الفَيْئةُ بلسانِه ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ بتَرْكِ الوَطْءِ لا يزُولُ بالقَوْلِ . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : يحتاجُ أن يقولَ : قد نَدِمْتُ على ما فَعَلْتُ ، وإن قَدَرْتُ وَطِئْتُ . ولَنا ، أنَّ القَصْدَ بالفَيْئةِ تَرْكُ ما قَصَدَه مِنَ الإضرارِ ، وقد تَرَكَ قَصْدَ الإضْرارِ بما أتَى به من الاعْتِذارِ ، والقولُ مع العُذْرِ يَقومُ مَقامَ فِعْلِ القادرِ ، بدليلِ أنَّ[3] إشْهادَ الشَّفِيعِ على الطَّلَبِ بالشُّفْعَةِ عندَ العَجْزِ عن طَلَبِها ، يقومُ مَقامَ طَلَبِها فى الحُضُورِ فى إثْباتِها . ولا يَحْتاجُ أن يقولَ : نَدِمْتُ ؛ لِأَنَّ الغرَضَ أن يُظْهِرَ رُجوعَه عن المُقامِ على اليَمِينِ ، وقد حَصَلَ بظُهُورِ عَزْمِه عليه . وحكى أبو الخطَّابِ عن القاضى ، أنَّ فَيْئةَ المَعْذورِ أن يقولَ : فِئْتُ إليكَ . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . والذى ذكَره القاضى فى « المُجَرَّدِ » مِثْلُ ما ذكَر

---

(١) فى م : « ونحو » .
(٢) فى ا ، ب ، م : « الجماع » .
(٣) سقط من : ا .

الخِرَقِيُّ ، وهو أحْسَنُ ؛ لِأَنَّ وَعْدَه بالفِعْلِ عندَ القُدْرَةِ عليه ، دليلٌ على تَرْكِ[4] قَصْدِ الإِضْرارِ ، وفيه نوعٌ مِن الاعْتِذارِ ، وإخبارٌ بإزالَتِه للضَّرَرِ[5] عندَ إمْكانِه ، ولا يَحْصُلُ بقولِه : فِئْتُ إليكِ . شيءٌ من هذا . فأمَّا العاجِزُ لجَبٍّ[6] أو شَلَلٍ ، فَفَيْئَتُه أنْ يقولَ : لو قَدَرْتُ لجامعتُها . لأنَّ ذلك يُزِيلُ ما حَصَلَ بإيلائِه .

فصل : والإِحْرامُ كالمَرَضِ ، في ظاهرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وكذلك على قِياسِه الاعتكافُ المَنْذورُ والظِّهارُ . وذكر أصحابُنا أنَّ المُظاهِرَ لا يُمْهَلُ ، ويُؤْمَرُ بالطَّلاقِ . فيُخَرَّجُ من هذا أنَّ كُلَّ عُذْرٍ مِنْ فعلِه يَمْنَعُه الوَطْءَ لا يُمْهَلُ مِن أجْلِه . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الامْتناعَ بِسَبَبٍ منه ، فلا يُسْقِطُ حكْمًا واجبًا عليه . فعلى هذا لا يُؤْمَرُ بالوَطْءِ ؛ لأنَّه مُحَرَّمٌ عليه ، ولكن يُؤْمَرُ بالطَّلاقِ . ووَجْهُ القولِ الأوَّلِ ، أنَّه عاجزٌ عن الوَطْءِ بأمرٍ لا يُمْكِنُه الخروجُ منه ، فأشْبَهَ المريضَ . فأمَّا المُظاهِرُ ، فيقال له : إمَّا أن تُكفِّرَ وتَفِيءَ ، وإمَّا /أنْ تُطَلِّقَ . فإنْ قال : أمْهِلُونِي حتَّى أطْلُبَ رَقَبَةً ، أو أُطْعِمَ . فإنْ عُلِمَ أنَّه قادِرٌ على التَّكْفيرِ في الحالِ ، وإنَّما يَقْصِدُ المُدافعةَ والتَّأْخيرَ ، لم يُمْهَلْ ؛ لِأَنَّ الحقَّ حالٌّ عليه . وإنَّما يُمْهَلُ للحاجةِ ، ولا حاجةَ . وإنْ لم يُعْلَمْ ذلك ، أُمْهِلَ ثلاثةَ أيَّامٍ ؛ لأنَّها قريبةٌ ، ولا يُزادُ على ذلك . وإنْ كان فَرْضُه الصِّيامَ، فطَلَبَ الإِمْهالَ ليصومَ شهرَيْنِ متتابعَيْنِ ، لم يُمْهَلْ ؛ لِأَنَّه كثيرٌ . ويَتَخَرَّجُ أن يَفِيءَ بلسانِه فَيْئَةَ المَعْذورِ ، ويُمْهَلَ حتَّى يصومَ ، كقَوْلِنا في المُحْرِمِ . فإنْ وَطِئَها فقد عَصَى ، وانْحَلَّ إيلاؤُه . ولها مَنْعُه منه ؛ لأنَّ هذا الوَطْءَ مُحَرَّمٌ عليهما . وقال القاضي : يَلْزَمُها التَّمْكينُ ، وإن امْتَنَعَتْ سَقَطَ حقُّها ؛ لِأَنَّ حقَّها في الوَطْءِ ، وقد بذَلَه لها ، ومتى وَطِئَها فقد وفَّاها حقَّها ، والتَّحْريمُ عليه دُونَها . ولَنا ، أنَّه وَطْءٌ حرامٌ ، فلا يَلْزَمُ التَّمْكينُ منه ، كالوَطْءِ في الحَيْضِ والنِّفاسِ . وهذا يَنْقُضُ دليلَهم . ولا نُسَلِّمُ كَوْنَ التَّحريمِ عليه دُونَها ؛ فإنَّ الوَطْءَ متى حَرُمَ على أحدِهما حَرُمَ على

٨/٧١ ظ

---

(٤) في ب : « قول » .

(٥) في ب : « الضرر » .

(٦) في الأصل ، ب : « بجب » .

الآخَرِ ؛ لكَوْنِه فعلًا واحدًا ، ولو جاز اخْتِصاصُ أحدِهما بالتَّحْريم ، لَاخْتَصَّتِ المرأةُ بتَحْرِيمِ الوَطْءِ فى الحَيْضِ والنِّفاسِ وإحرامِها وصيامِها ؛ لاخْتصاصِها[7] بسَبَبِه .

فصل : وإن انقَضَتِ المُدَّةُ وهو محبوسٌ بحقٍّ يُمْكِنُه[8] أداؤُه ، طُولِبَ بالفَيْئَةِ ؛ لأنَّه قادرٌ عليها بأداءِ ما عليه . فإنْ لم يَفْعَلْ ، أُمِرَ بالطَّلاقِ . وإنْ كان عاجزًا عن أدائِه ، أو حُبِسَ ظُلْمًا ، أُمِرَ بفَيْئَةِ المعذورِ . وإنِ انْقَضَتْ وهو غائِبٌ ، والطَّرِيقُ آمِنٌ ، فلها أن تُوَكِّلَ مَنْ يُطالِبُه بالمَسيرِ إليها ، أو حَمْلِها إليه ، فإنْ لم يفعَلْ ، أُخِذَ بالطَّلاقِ . وإنْ كان الطريقُ مَخُوفًا ، أو له عُذْرٌ يمنعُه ، فاءَ فَيئةَ المعْذورِ .

فصل : فإنْ كان مَغْلوبًا على عَقْلِه بِجُنونٍ أو إغماءٍ ، لم يُطالَبْ ؛ لأنَّه لا يَصْلُحُ للخِطابِ ، ولا يَصِحُّ منه الجوابُ ، وتتأَخَّرُ المُطالبةُ إلى حالِ القُدْرَةِ ، وزَوالِ العُذْرِ ، ثم يُطالَبُ حينئذٍ . وإنْ كان مَجْبُوبًا ، وقُلْنا : يَصِحُّ إيلاؤُه . فاءَ فيئةَ المَعْذورِ ، فيقولُ : لو قَدَرْتُ جامعتُها .

فصل : وإذا انْقَضَتِ المُدَّةُ ، فادَّعى أنَّه عاجِزٌ عن الوَطْءِ ، فإذا[9] كان قد وَطِئَها مرَّةً ، لم تُسْمَعْ دَعْواهُ العُنَّةَ ، كما لا تُسْمَعُ دَعْواها عليه ، ويُؤْخَذُ بالفَيْئةِ ، أو بالطلاقِ ، كغَيْرِه ، وإن لم يكُنْ وَطِئَها ، ولم تكُنْ حالُه معروفةً ، فقال القاضى : تُسْمَعُ دَعْواهُ ، ويُقْبَلُ قَوْلُه ؛ لِأَنَّ التَّعْنِينَ من العُيوبِ التى لا يَقِفُ عليها غَيْرُه . وهذا ظاهر نَصِّ الشَّافِعِىِّ . ولها / أن تسْأَلَ الحاكِمَ ، فيَضْرِبَ له مُدَّةَ العُنَّةِ بعدَ أن يَفِىءَ فَيئةَ أهْلِ الأعْذارِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا (10) يُقْبَلُ قولُه (10) ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فى دَعْوَى ما يُسْقِطُ عنه مَا تَوَجَّهَ عليه الطَّلَبُ به[11] ، والأصْلُ سلامتُه منه . وإن ادَّعَتْ أنَّه قد أصابَها مرَّةً ،

٨/٧٢و

(7) سقط من : ب .

(8) فى م : « يمكن » .

(9) فى الأصل : « فإن » .

(10 – 10) فى م : « يقل قبوله » .

(11) فى ب : « فيه » .

وأنْكَرَ ذلك ، لم يكُنْ لها المُطالبةُ بضرْبِ مُدَّةِ العُنَّةِ ، لاعْترافِها بِعَدَمِ عُنَّتِه ، والقولُ قولُه فى عَدَمِ الإِصابةِ .

١٣٠٢ ـ مسألة ؛ قال : (فَمَتَى قَدَرَ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، أُمِرَ بالطَّلَاقِ)

وجملةُ الأمرِ أنَّ المُولِيَ إذا وُقِفَ ، وطولِبَ بالْفَيْئةِ وهو قادرٌ عليها ، فلم يفْعَلْ ، أُمِرَ بالطَّلاقِ . وهذا قولُ كلِّ مَنْ يقولُ : يُوقَفُ المُولِى ؛ لِأَنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[1] . فإذا امتنع مِن أداءِ الواجبِ عليه ، فقد امتنعَ مِن الإِمْساكِ بالمعروفِ ، فيُؤْمَرُ بالتَّسْريحِ بالإِحْسانِ . وإنْ كان مَعْذورًا ، ففاءَ بلسانِه ، ثم قَدَرَ على الوَطْءِ ، أُمِرَ به ، فإنْ فعلَ ، وإلَّا أُمِرَ بالطَّلاقِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو بكرٍ : إذا فاءَ بلسانِه ، لم يُطالَبْ بالفيئةِ مرَّةً أُخْرَى ، وخَرَجَ من الإِيلاءِ . وهو قَوْلُ الحسنِ ، وعِكْرِمَةَ ، والأَوْزاعِىِّ ؛ لِأنَّه فاءَ مَرَّةً ، فخَرَجَ من الإِيلاءِ ، ولم تَلْزَمْه فَيْئةٌ ثانيةٌ ، كما لو فاءَ بالوَطْءِ . وقال أبو حَنِيفَةَ : تُسْتَأْنَفُ له مدَّةُ الإِيلاءِ ؛ لِأَنَّه وَفَّاها حقَّها بما أَمْكَنَه من الفَيْئةِ ، فلا يُطالَبُ إلَّا بعدَ اسْتِئْنافِ مُدَّةِ الإِيلاءِ ، كما لو طَلَّقَها . ولَنا ، أنَّه أَخَّرَ حقَّها لِعجزِه عنه ، فإذا قدَرَ عليه ، لَزِمَه أن يوفِّيَها إيَّاهُ ، كالدَّيْنِ على المُعْسِرِ إذا قَدَرَ عليه . وما ذكروه فليس بحقِّها ، ولا يزُولُ الضَّرَرُ عنها به ، وإنَّما وَعَدَها بالوفاءِ ، ولَزِمَها الصَّبْرُ عليه وإنْظارُه[2] كالغريمِ المُعْسرِ .

فصل : وليس على مَنْ فاءَ بلسانِه كفَّارةٌ ، ولا حِنْثٌ ؛ لِأَنَّه لم يفعلِ المَحْلوفَ عليه ، وإنَّما وَعَدَ بفعلِه ، فهو كمَنْ عليه دَيْنٌ حلَفَ أن لا يُوفِّيَه ، ثمَّ أَعْسَرَ به ، فقال : متى قَدَرْتُ وفَّيْتُه .

---

(١) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٢) فى م : « وإنكاره » تحريف .

١٣٠٣ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ يُطَلِّقْ ، طَلَّقَ الحَاكِمُ عَلَيْهِ)

وجملةُ الأمرِ أنَّ المُولِىَ إذا امْتنعَ مِن الفَيْئَةِ بعدَ التَّرَبُّصِ ، أو امْتنعَ المعذورُ من الفَيْئةِ بلسانِه ، أو امْتنعَ من الوَطْءِ بعدَ زَوالِ عُذْرِه ، أُمِرَ بالطَّلاقِ . فإنْ طَلَّقَ[1] ، وَقَعَ طلاقُه الَّذى أوقَعَه، واحدةً كانت أو أكْثَرَ. وليس للحاكِمِ إجْبارُه على أكثرَ مِن طَلْقَةٍ؛ لِأنَّه يَحْصُلُ الوفاءُ بحقِّها بها ؛ فإنَّها[2] تُفْضِى إلى البَيْنُونةِ، والتَّخَلُّصِ مِن ضَرَرِه . وإن امْتنعَ من الطَّلاقِ ، طَلَّقَ الحاكمُ عليه . وبهذا قال مالِكٌ . وعن / أحمدَ ، روايةٌ أُخرَى ، ليس للحاكمِ الطَّلاقُ عليه ؛ لأنَّ ما خُيِّرَ الزَّوْجُ فيه بين أمرَيْنِ ، لم يَقُمِ الحاكمُ مَقامَه فيه ، كالاخْتيارِ لبعضِ الزَّوْجاتِ فى حقِّ مَنْ أَسْلَمَ وتَحْتَه أكثرُ مِن أربعِ نسوةٍ ، أو أُخْتانِ . فعلى هذا يَحْبِسُه ، ويُضَيِّقُ عليه ، حتى يَفِىءَ ، أو يُطَلِّقَ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلانِ ، كالرِّوايتَيْنِ . ولَنا ، أنَّ ما دخلته النِّيابةُ ، وتَعَيَّنَ مُسْتَحِقُّه ، وامْتنعَ مَنْ هو عليه ، قامَ الحاكمُ مَقامَه فيه ، كقَضاءِ الدَّيْنِ ، وفارَقَ الاختيارَ ، فإنَّه ما تَعَيَّنَ مُسْتحِقُّه . وهذا أصَحُّ فى المذهبِ . وليس للحاكمِ أن يأمُرَ بالطَّلاقِ ولا يُطَلِّقَ إلَّا أنْ تَطْلُبَ المرأةُ ذلك ؛ لِأنَّه حقٌّ لها . وإنَّما الحاكمُ يَسْتَوْفِى لها الحقَّ ، فلا يكونُ إلَّا عندَ طَلَبِها .

٨/٧٢ظ

فصل : والطَّلاقُ الواجبُ على المُولِى رَجْعِىٌّ ، سواءٌ أوْقعَه بنفسِه ، أو طَلَّقَ الحاكمُ عليه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . قال الأثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ فى المُولِى : فإنْ طَلَّقَها . قال : تكونُ واحِدَةً ، وهو أحقُّ بها . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخرَى ، أنَّ فُرْقَةَ الحاكمِ تكونُ بائنًا . ذكر أبو بكر الرِّوايَتَيْنِ جميعًا . وقال القاضى : المنصوصُ عن أحمدَ ، فى فُرقةِ الحاكمِ ، أنَّها تكونُ بائنًا ؛ فإنَّ فى روايةِ الأثْرمِ : وقد سئل إذا طَلَّقَ عليه السلطانُ ، أتكونُ واحدةً ؟ فقال : إذا طَلَّقَ فهى واحدةٌ ، وهو أحقُّ بها ، فأمَّا تَفْرِيقُ السلطانِ ، فليس فيه رَجْعَةٌ . وقال أبو ثَوْرٍ : طلاقُ المُولِى بائِنٌ ، سواءٌ طَلَّقَ هو ، أو طَلَّقَ عليه الحاكمُ ؛

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « فإنه » .

لِأَنَّها فُرْقَةٌ لِرَفْعِ الضَّرَرِ ، فكان بائنًا ، كفُرقةِ العُنَّةِ ، ولِأَنَّها لو كانتْ رَجْعِيَّةً ، لم يَنْدَفِعِ الضَّرَرُ ؛ لِأَنَّه يرْتجِعُها ، فيَبْقَى الضَّرَرُ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يقع الطَّلاقُ بانْقضاءِ العِدَّةِ بائنًا . ووَجْهُ الأَوَّلِ ؛ أنَّه طلاقٌ صادَفَ مَدْخولًا بها مِن غيرِ عِوَضٍ ، ولا اسْتيفاءِ عَدَدٍ ، فكانَ رَجْعِيًّا ، كالطَّلاقِ فى غيرِ الإِيلاءِ . ويُفارِقُ فُرْقةَ العُنَّةِ ؛ لِأَنَّها فَسْخٌ لعَيْبٍ ، وهذه طَلْقَةٌ ، ولِأَنَّه لو أُبِيحَ له ارْتجاعُها ، لم يَنْدَفِعْ عنها الضَّرَرُ ، وهذه يَنْدَفِعُ عنها الضَّرَرُ ؛ فإنَّه إذا ارْتَجَعَها ، ضُرِبَتْ له مُدَّةٌ أُخرَى ، ولِأَنَّ العِنِّينَ قد يُئِسَ من وَطْئِه ، فلا فائدةَ فى رَجْعَتِه ، وهذا غيرُ عاجزٍ ، ورَجْعَتُه دليلٌ على رَغْبتِه وإقلاعِه عن الإِضْرارِ بها ، فافْتَرَقا . واللهُ تعالى أعلمُ .

١٣٠٤ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ طَلَّقَ عَلَيْهِ ثَلَاثًا ، فَهِىَ ثَلَاثٌ)

وجملةُ الأمرِ أنَّ المُولِىَ إذا امْتنعَ مِن الفَيْئَةِ والطَّلاقِ معًا[1] ، وقامَ الحاكِمُ مَقامَه ، فإنَّه يَمْلِكُ من الطلاقِ ما يَمْلِكُه المُولِى ، وإليه الخِيَرَةُ فِيهِ ، إنْ شاءَ طلَّقَ واحِدةً ، وإنْ شاءَ اثنتَيْنِ ، وإن شاءَ ثلاثًا ، /وإنْ شاءَ فَسَخَ . قال القاضى : هذا ظاهرُ كلامِ أحمدَ . وقال الشَّافِعِىُّ : ليس له إلَّا واحدةٌ ؛ لِأَنَّ إيفاءَ الحقِّ يَحْصُلُ بها ، فلم يَملِكْ زيادةً عليها ، كما لم يَمْلِكِ الزيادةَ على وَفاءِ الدَّيْنِ فى حقِّ المُمْتنِعِ . ولَنا ، أنَّ الحاكمَ قائمٌ مَقامَه ، فملَكَ من الطَّلاقِ ما يَمْلِكُه ، كما لو وَكَّلَه فى ذلك . وليس ذلك زيادةً على حقِّها ؛ فإنَّ حقَّها الفُرْقَةُ ، غيرَ أنَّها تتَنَوَّعُ ، وقد يَرَى الحاكمُ المصْلحةَ فى تَحْريمِها عليه ، ومَنْعِه رَجْعَتَها ؛ لِعِلْمِه بسُوءِ قَصْدِه ، وحُصولِ المصْلَحةِ بِبُعْدِه[2] . قال أبو عبدِ اللهِ : إذا قال : فَرَّقْتُ بينَكما[3] . فإنَّما هو فَسْخٌ . وإذا قال : طَلَّقْتُ واحِدَةً . فهى واحدةٌ . وإذا قال : ثلاثًا . فهى ثلاثٌ .

٨/٧٣و

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى م : « بعده » .
(٣) فى م : « بينكم » .

١٣٠٥ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ، وَرَاجَعَ ، وَقَدْ بَقِىَ مِنْ مُدَّةِ الإِيلَاءِ أَكْثَرُ**[١] **مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ الحُكْمُ كَمَا حَكَمْنَا فِى الأَوَّلِ**)

وجملةُ الأمرِ أنَّه إذا طلَّقَ المُولِى ، أو طلَّقَ الحاكمُ عليه أقلَّ من ثلاثٍ ، فله رَجْعَتُها . وعن أبى عبدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، روايةٌ أُخرَى ، أنَّ تَفْرِيقَ الحاكِمِ ليس فيه رَجْعَةٌ ؛ فإنَّه قال : وأمَّا تَفْريقُ السُّلطانِ ، فليس فيه رَجْعَةٌ فى العِدَّةِ ، ولا بَعْدَها . فعلى هذه الرِّوايةِ ، يكونُ طلاقُ الحاكِمِ بائنًا ، ليس فيه رَجْعَةٌ . وقال أبو بكرٍ : فى كلِّ فُرقةٍ فرَّقَها الحاكمُ رِوَايتانِ ، لعانًا كانَتْ أو غيرَه ؛ إحداهما ، تَحْرُمُ على التَّأبيدِ . واخْتارَها . والثَّانيةُ ، له المُراجَعَةُ فيها بعَقْدٍ جديدٍ . وهذا الصَّحِيحُ . وليس فى كلامِ أحمدَ ما يقْتضِى تحْريمَها عليه . وقوله : ليس فيه رَجْعَةٌ فى العِدَّةِ ولا بَعْدَها . يُمْكِنُ حَمْلُه على أنَّه ليس له رَجْعَتُها بغيرِ نكاحٍ جديدٍ ؛ لأنَّه قد صرَّحَ فى سائرِ الرواياتِ به ، ولأنَّه لم يُوجَدْ سَبَبٌ يقْتضِى تَحْريمَها عليه ، وتَفريقُ الحاكمِ لا يقْتضِى سِوَى التَّفْرِيقِ بينهما فى هذا النِّكاحِ ، ولذلك لو فرَّقَ بينَهما لأجْلِ العُنَّةِ ، لم تَحْرُمْ عليه . وأمَّا فُرْقَةُ اللِّعانِ ، فإنَّها تَحْصُلُ بدُونِ تَفريقِ الحاكمِ . ولو حَصَلَتْ بتَفْريقِ الحاكمِ غيرَ أنَّ المُقْتَضِى للتَّفريقِ والتَّحريمِ اللِّعانُ ، بدليلِ أنَّه لا يجوزُ إقرارُهما على النِّكاحِ وإنْ تَراضَوْا به ، بخلافِ مَسْألتِنا . وأمَّا على قَوْلِ الْخِرَقِىِّ ، فإنَّ الطَّلاقَ إذا كان دونَ الثَّلاثِ ، فهو رَجْعِىٌّ ، سواءٌ كان من المُولِى ، أو[٢] الحاكمِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ [٣]لأنَّ الحاكمَ نائبُه ، فلا يقَعُ طلاقُه مُفِيدًا ، كما لم يُفِدْه طَلَاقُ المُولِى كالوَكيلِ . فإنْ لم يراجِعْ حتَّى انقضَتْ عِدَّتُها ، بانَتْ ، ولم يَلْحَقْها طلاقٌ ثانٍ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ[٣] ، ورُوِىَ عن عَلِىٍّ : إذا سَبَقَ حَدُّ الإِيلاءِ حَدَّ الطَّلاقِ ، فهما تَطْليقتانِ ، وإن سَبق حدُّ الطَّلاقِ حَدَّ الإِيلاءِ ، فهى واحِدَةٌ . ويَقْتضيهِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى ب زيادة : « من » .

(٣ ـ ٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مذهبُ الزُّهْرِيِّ . وهذا مَبْنِيٌّ على أنَّ الطَّلاقَ يَقَعُ بانقضاءِ مُدَّةِ الإيلاءِ ، (٤) مِنْ غَيْرِ إيقاعٍ (٤) . /وقد سَبَقَ ذِكْرُ ذلك . فأمَّا إن فَسَخَ الحاكمُ النِّكاحَ ، فليس للمُولِى الرُّجوعُ عليها إلَّا بنكاحٍ جديدٍ ، سواءٌ كان فى العِدَّةِ أو بعدَها . ولا يَنْقُصُ به عَدَدُ طلاقِه ؛ لأنَّه ليس بطلاقٍ ، فأشْبَهَ فَسْخَ النِّكاحِ لعَيْبِه أو عُنَّتِه . وإنْ طَلَّقَ المُولِى أو الحاكمُ ثلاثًا ، لم تَحِلَّ له إلَّا بعدَ زوجٍ ثانٍ وإصابةٍ ونِكاحٍ جديدٍ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إذا طَلَّقَ دُونَ الثَّلاثِ ، فراجعَها فى عِدَّتِها ، فإنَّ مُدَّةَ الإيلاءِ تَنْقَطِعُ بالطَّلاقِ ، ولا يُحْتَسَبُ عليه بما قَبْلَ الرَّجْعَةِ من المُدَّةِ ؛ لأنَّها صارتْ مَمْنوعَةً منه (٥) بغيرِ اليَمِينِ ، فانْقطَعتِ المُدَّةُ كما لو كانَ الطلاقُ بائنًا ، فإنْ راجَعَ ، اسْتُؤْنِفَتِ المدَّةُ من حِينِ رَجْعَتِه ، فإنْ كان الباقى منها أقلَّ مِن أربعةِ أشهرٍ ، سَقَطَ الإيلاءُ ، وإنْ كان أكثرَ منها تَرَبَّصْنا به أربعةَ أشهرٍ ، ثم وَقفناه لِيَفِىءَ أو يُطَلِّقَ ، ثم يكونُ الحُكْمُ هٰهُنا كالحُكْمِ فى وَقْفِه الأوَّلِ ، فإنْ طَلَّقَ ، أو طلَّقَ الحاكمُ عليه واحِدَةً ، ثم راجَعَ ، وقد بَقِىَ مِنْ مُدَّةِ الإيلاءِ أكثرُ مِن أربعةِ أشهرٍ ، انْتَظَرْناه أربعةَ أشهرٍ (٦) ، ثم طُولِبَ بالفَيْئةِ أو الطَّلاقِ ، فإنْ طلَّقَ ، فقد كَمَلَتِ الثَّلاثُ ، وحَرُمَتْ عليه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . ويقْتضِى مذهبُ أبى عبدِ اللهِ ابنِ حامِدٍ ، أنَّه إذا طَلَّقَ اسْتُؤْنِفَتِ المُدَّةُ (٧) الأُخْرَى مِن حينَ طَلَّقَ ، فلو تَمَّتْ أربعةُ أشهرٍ قبلَ انقضاءِ عِدَّةِ الطَّلاقِ ، وُقِفَ ثانيًا ، فإن فاءَ ، وإلَّا أُمِرَ بالطَّلاقِ . ونحوُ هذا مذهبُ مالِكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ . وإنِ انْقَضَتِ العِدَّةُ قبلَ مُدَّةِ الإيلاءِ ، بانَتْ ، وانْقَطعَ الإيلاءُ ، فإنْ راجَعَ فى العِدَّةِ قَبْلَ مدَّةِ الإيلاءِ ، تَرَبَّصَ به تمامَ أربعةِ أشهرٍ مِن حينَ طَلَّقَ . وعن ابنِ مسعودٍ ، وعَطاءٍ ، والحسنِ ، والنَّخَعِىِّ ، وقَتَادَةَ ، والأوْزاعِىِّ ، أنَّ الطَّلاقَ يَهْدِمُ الإيلاءَ . وهذا يَحْتَمِلُ أن يكونَ معناه أنَّه يَقْطَعُ مُدَّتَه ، فلا يُحْتَسَبُ بمُدَّتِه قبلَ الرَّجْعَةِ ؛ فيكونُ قولَ

٧٣/٨ ظ

(٤ - ٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) فى ب : « العدة » .

الْخِرَقِيِّ مِثْلَه . ويَحْتَمِلُ أنَّه يُزِيلُ حُكْمَه بالكُلِّيَّةِ ؛ لأنَّه قد وَفَّاها حقَّها بالطَّلاقِ ، فسَقَطَ حُكْمُ الإِيلاءِ ، كما لو وَطِئَها . والجوابُ عن هذا ، أنَّ حُكْمَ اليَمِينِ باقٍ فى المَنْعِ من الوَطْءِ ، فيَبْقَى الإِيلاءُ ، كما لو لم يُطَلِّقْ ، بخلافِ الفَيْئَةِ ، فإنَّها تَرْفَعُ اليمينَ ، لحُصُولِ الحِنْثِ فيها .

١٣٠٦ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ وَقَّفْنَاهُ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَقَالَ : قَدْ أَصَبْتُهَا . فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ**)

وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ النِّكاحِ ، والمرأةُ تَدَّعِي ما يَلْزَمُه به رَفْعُه ، وهو يَدَّعِي ما يُوافِقُ الأصْلَ ، ويُبْقِيه ، فكانَ القولُ قولَه . كما لو ادَّعَى الوَطْءَ فى العُنَّةِ ، ولأنَّ هذا أمرٌ / خَفِيٌّ ولا يُعْلَمُ إلَّا مِن جهتِه ، فقُبِلَ قولُه فيه ، كقولِ المرأةِ فى حَيْضِها . وتَلْزَمُه اليمينُ ؛ لأنَّ ما تَدَّعِيه المرأةُ مُحْتَمِلٌ، فَوَجَبَ نَفْيُه باليَمِينِ . ونَصَّ أحمدُ ، فى روايةِ الأثْرَمِ ، على أنَّه لا يَلْزَمُه يَمِينٌ ؛ لأنَّه لا يُقْضَى فيه بالنُّكُولِ . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ . فأمَّا إنْ كانت بِكْرًا ، واختَلَفا[1] فى الإِصابةِ ، أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقاتِ ، فإنْ شَهِدْنَ بثُيُوبَتِها ، فالقولُ قولُه ، وإنْ شهدنَ ببَكَارَتِها ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّه لو وطِئَها زالَتْ بَكارتُها . وظاهرُ قولِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه لا يَمِينَ هٰهُنا ؛ لقولِه فى باب العُنِّينِ : فإنْ شَهِدْنَ بما قالتْ ، أُجِّلَ سنةً . ولم يَذْكُرْ يَمِينَه . وهذا قولُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ تَشْهَدُ لها ، فلا تَجِبُ اليمينُ معها .

فصل : ولو كانتْ هذه المرأةُ غيرَ مَدْخولٍ بها ، فادَّعى أنَّه أصابَها ، وكذَّبَتْه ، ثم طَلَّقَها ، وأرادَ رَجْعَتَها ، كان القولُ قولَها ، فنَقْبَلُ قولَه فى الإِصابةِ فى الإِيلاءِ ، ولا نَقْبَلُه فى إثباتِ الرَّجْعَةِ له[2] ، وقد سَبَقَ تعليلُ ذلك فى كتابِ[3] الرَّجْعَةِ .

٨/٧٤و

---

(١) فى ا ، ب : « أو اختلفا » .

(٢) سقط من : ا .

(٣) فى الأصل ، ا ، ب : « باب » . وتقدم فى : ٥٦٨/١٠ .

١٣٠٧ ــ مسألة ؛ قال : (وَلَوْ آلَى مِنْهَا ، فَلَمْ يُصِبْهَا حَتَّى طَلَّقَها ، وانْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ ؛ ثُمَّ نَكَحَهَا ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الإيلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وُقِفَ لَهَا ، كَمَا وَصَفْتُ)

وجملةُ الأمرِ أنَّ المُولِيَ إذا أبانَ زوجتَه ، انْقَطعتْ مُدَّةُ الإيلاءِ ، بغيرِ خلافٍ عَلِمْناه سَواءٌ بانَتْ بفَسْخٍ ، أو طَلاقٍ ثلاثٍ ، أو بخُلْعٍ ، أو بانْقِضاءِ عِدَّتِها مِن[1] الطَّلاقِ الرَّجْعِيِّ ؛ لأنَّها صارتْ أجْنبيَّةً منه ، ولم يَبْقَ شيءٌ من أحْكامِ نكاحِها . فإنْ عادَ فتزوَّجَها ، عادَ حكمُ الإيلاءِ من حينَ تزوَّجَها ، واسْتُؤْنِفَتِ المُدَّةُ حينئذٍ ، فإنْ كانَ الباقِي مِن مدَّةِ يَمينِه[2] أربعةَ أشهرٍ فما دُونَ ، لم يَثْبُتْ حُكْمُ الإيلاءِ ؛ لأنَّ مُدَّةَ التَّرَبُّصِ أربعةُ أشهرٍ ، وإن كان أكثرَ من أربعةِ أشهرٍ ، تَرَبَّصَ أربعةَ أشهرٍ ، ثم وُقِفَ لها ، فإمَّا أنْ يَفِيءَ ، أو يُطَلِّقَ ، وإنْ لم يُطَلِّقْ ، طلَّقَ الحاكمُ عليه . وهذا قولُ مالِكٍ . وقال أبو حَنِيفَةَ : إنْ كان الطَّلاقُ أقلَّ مِن ثلاثٍ ، ثم تَرَكَها حتى انْقَضَتْ عدَّتُها ، ثم نَكَحَها ، عاد الإيلاءُ ، وإنِ اسْتَوْفَى عَدَدَ الطَّلاقِ ، لم يَعُدِ الإيلاءُ ؛ لأنَّ حُكْمَ النِّكاحِ الأوَّلِ زالَ بالكُلِّيَّةِ ، ولهذا تَرْجِعُ إليه على طلاقٍ ثلاثٍ ، فصارَ إيلاؤه فى النِّكاحِ الأوَّلِ كإيلائِه مِن أجْنبيَّةٍ . وقالَ أصحابُ الشَّافِعِيِّ : يَتَحَصَّلُ مِن أقوالِه ثلاثةُ أقاويلَ ؛ قولانِ كالمذهبَيْنِ ، وقولٌ ثالثٌ : لا يعودُ حُكْمُ الإيلاءِ بحالٍ . وهو قولُ ابْنِ المُنْذِرِ ؛ لأنَّها صارَتْ بِحالٍ لو آلَى منها لم يَصِحَّ إيلاؤُه / ، فبَطَلَ حكمُ الإيلاءِ منها ، كالمُطلَّقة ثلاثًا . ولَنا ، أنَّه مُمْتَنِعٌ مِن وَطْءِ امرأتِه بِيَمينٍ فى حالِ نِكاحِها ، فثَبَتَ له حُكْمُ الإيلاءِ ، كما لو لم يُطَلِّقْ ، وفارَقَ الإيلاءَ من الأجْنبيَّةِ ؛ فإنَّه لا يَقْصِدُ باليَمِينِ عليها الإضرارَ بها ، بخلافِ مسألتِنا . ٧٤/٨ظ

فصل : ولو آلَى من امرأتِه الأَمَةِ ، ثم اشتَرَاها ، ثمَّ أعْتَقَهَا ، وتَزَوَّجَها ، عادَ

---

(١) فى م زيادة : « حين » .

(٢) فى ا : « الإيلاء » .

الإيلاءُ . ولو كانَ المُولِي[٣] عبدًا ، فاشْتَرتْه امرأتُه ، ثم أعتَقَتْه ، وتزوَّجَتْه ، عاد الإيلاءُ . ولو بانَتِ الزَّوجَةُ بردَّةٍ ، أو إسلامٍ مِن أحدِهما أو غيرِه ، ثمَّ تزوَّجها تزويجًا جديدًا ، عادَ الإيلاءُ ، وتُستأنَفُ المدَّةُ فى جَمِيعِ ذلك . وسواءٌ عادَتْ إليه بعدَ زَوْجٍ ثانٍ أو قبلَه ؛ لأنَّ اليَمِينَ كانتْ منه فى حالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَيَبْقَى حُكْمُها ما وُجِدَتِ الزَّوْجِيَّةُ . وهكذا لو قالَ لزوجَتِه : إن دخلْتِ الدارَ فواللهِ لا جامَعْتُكِ . ثم طلَّقها ، ثم نَكَحَتْ غيرَه ، ثمَّ تَزَوَّجَها الأَوَّلُ ، عادَ حكمُ الإيلاءِ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ المعْقودَةَ فى حالِ الزَّوْجِيَّةِ لا تَنْحَلُّ بِزَوالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فإنْ دَخَلَتِ الدارَ فى حالِ البَيْنُونَةِ ، ثمَّ عادَ فتزوَّجَها ، لم يَثْبُتْ حكمُ الإيلاءِ فى حقِّه ؛ لأنَّ الصِّفَةَ وُجِدَتْ فى حالِ كَوْنِها أجْنبيَّةً ، ولا يَنْعَقِدُ الإيلاءُ بالحَلِفِ على الأَجْنبيَّةِ بخلافِ ما إذا دَخَلَتْ وهى امرأتُه .

١٣٠٨ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ آلَى مِنْهَا ، واخْتَلَفَا فِى مُضِيِّ الأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ فِى أَنَّهَا لَمْ تَمْضِ مَعَ يَمِينِهِ)

إنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ الاخْتلافَ فى مُضِيِّ المدَّةِ يَنْبَنِى على الخلافِ فى وَقْتِ يَمِينِه ؛ فإنَّهما لو اتَّفَقَا على وَقْتِ[١] اليَمِينِ ، حُسِبَ مِنْ ذلك الوَقْتِ ، فعُلِمَ هل انْقَضتِ المدَّةُ أو[٢] لا . وزالَ الخلافُ . أمَّا إذا اخْتَلَفا فِى وَقْتِ اليَمِينِ ، فقالَ : حَلَفْتُ فى غُرَّةِ رَمَضَانَ . وقالتْ : بل حَلَفْتَ فى غُرَّةِ شَعْبانَ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه صَدَرَ من جهتِه ، وهو أعْلَمُ به . فكانَ القولُ قولَه ، كما لو اختَلَفا فى أصْلِ الإيلاءِ ، ولأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الحَلِفِ فى غُرَّةِ شَعْبانَ ، فكانَ قولُه فى نَفْيِه مُوافِقًا للأَصْلِ . قال الْخِرَقِيُّ : ويكونُ ذلك مع يَمِينِه . وهو مذهبُ الشّافِعِيِّ . وذَهَبَ أبو بكرٍ ، إلى أنَّه لا يَمِينَ عليه . قال القاضى : وهو أصحُّ ؛ لأنَّه اختلافٌ فى أحكامِ النِّكَاحِ ، فلم تُشْرَعْ فيه يَمِينٌ ، كما لو ادَّعى زوجيَّةَ امرأةٍ

---

(٣) سقط من : ب .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) فى ب : « أم » .

فأنْكَرتْه . ووجهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « اليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[3] . ولأنَّه حَقٌّ لآدَمِيٍّ يَجوزُ بَذْلُه ، فيُسْتَحْلَفُ فيه ، كالدُّيُونِ .

/ **فصل** : فإنْ تَرَكَ الوَطْءَ بغيرِ يَمينٍ ، لم يَكُنْ مُولِيًا ؛ لأنَّ الإِيلاءَ الحَلِفُ . ولكنْ إنْ تَرَكَ ذلكَ لِعُذْرٍ من مَرَضٍ ، أو غَيبَةٍ ، ونحوِه ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ، وإنْ تركَه مُضِرًّا بها ، فهل تُضْرَبُ له مدَّةٌ ؟ على روايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، تُضْرَبُ له مدَّةُ أربعةِ أشهرٍ ، فإنْ وَطِئَها ، وإلَّا دُعِيَ بَعْدَها إلى الوَطْءِ ، فإنِ امْتَنعَ منه ، أُمِرَ بالطَّلاقِ ، كما يُفْعَلُ[4] في الإِيلاءِ ، سَواءٌ ؛ لأنَّه أضرَّ بها بتَرْكِ الوَطْءِ فى مُدَّةِ الإيلاءِ ، فيَلْزَمُ حكمُه ، كما لو حَلَفَ ، ولأنَّ ما وَجَبَ أداؤُه إذا حَلَفَ على تَرْكِه ، وَجَبَ أداؤُه إذا لم يَحْلِفْ ، كالنَّفَقةِ وسائرِ الواجباتِ ، يُحَقِّقُه أنَّ اليَمِينَ لا تَجْعَلُ غيرَ الواجبِ واجبًا إذا أقْسَمَ على تَرْكِه ، فوجوبُه مَعَها يدلُّ على وُجوبِه قَبْلَها ، ولأنَّ وُجوبَه فى الإيلاءِ إنَّما كان لِدَفْعِ[5] حاجَةِ المرأةِ ، وإزالةِ الضَّرَرِ عنها ، وضَرَرُها لا يَخْتَلِفُ بالإيلاءِ وعَدَمِه ، فلا يَخْتَلِفُ الوُجوبُ . فإنْ قيل : فلا يَبْقَى للإيلاءِ أثَرٌ ، فلِمَ أفْرَدْتُم[6] له بابًا ؟ قُلْنا : بل له أثرٌ ؛ فإنَّه يدُلُّ على قَصْدِ الإضْرارِ ، فيَتعلَّقُ الحُكْمُ به ، وإن لم يَظْهَرْ منه قَصْدُ الإضْرارِ ، اكْتُفِىَ بدَلالَتِه ، وإذا لم تُوجَدِ اليَمِينُ ، احْتَجْنا إلى دليلٍ سِواهُ يدلُّ على المُضارَّةِ ، فيُعْتَبَرُ الإيلاءُ لدلالتِه على المُقْتَضِى لا لِعَيْنِه . والثَّانية ، لا تُضْرَبُ له مدَّةٌ . وهو مذهبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه ليس بمُولٍ ، فلم تُضْرَبْ له مدَّةٌ ، كما لو لم يَقْصِدِ الإضرارَ ، ولأنَّ تَعْليقَ الحكمِ بالإيلاءِ يدُلُّ على انْتِفائِه عِنْدَ عدَمِه ، إذ لو ثَبَتَ هذا الحكمُ بدونِه ، لم يَكُنْ له أثَرٌ . واللهُ أعلمُ .

٨/٧٥و

---

(٣) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(٤) فى ا : « يؤمر » .

(٥) فى م : « لدافع » .

(٦) فى ب : « أفرد » .

كتابُ الظِّهار

الظِّهارُ : مُشتَقٌّ مِنَ الظَّهرِ ، وإنَّما خَصُّوا الظَّهْرَ بذلك مِن بين سائرِ الأعضاءِ ؛ لأنَّ كلَّ مركوبٍ يُسَمَّى ظَهْرًا ، لحصولِ الرُّكُوبِ على ظهرِه فى الأغْلَبِ ، فشَبَّهُوا الزَّوجةَ بذلك . وهو مُحَرَّمٌ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾[1] . ومعناه أنَّ الزَّوجةَ ليست كالأُمِّ فى التَّحريمِ . قال اللهُ تعالى : ﴿ مَا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَزْوَٰجَكُمُ الَّٰٓـِٔى تُظَٰهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَٰتِكُمْ ﴾[2] . والأصْلُ فى الظِّهارِ الكِتابُ والسُّنَّةُ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُه تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ ﴾[1] . والآيَةُ الَّتى بَعْدَها . وأمَّا / السُّنَّةُ ، فَرَوَى أبو داوُدَ[3] ، بإسنادِه عن خُوَيْلَةَ بنتِ مَالِكِ بنِ ثَعْلَبَةَ ، قالت : ظاهَرَ[4] مِنِّى أوسُ بنُ الصَّامِتِ ، فجِئْتُ رسولَ اللهِ ﷺ أشْكُو[5] ، ورسولُ اللهِ ﷺ يُجادِلُنى فيه ، ويقول : « اتَّقِى اللهَ ؛ فإنَّه ابْنُ عَمِّكِ » . فما بَرِحْتُ حتَّى نَزَلَ القرآن : ﴿ قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِى تُجَادِلُكَ فِى زَوْجِهَا ﴾[6] . فقال : « يَعْتِقُ رَقَبَةً » . فقُلْتُ[7] : لا يَجِدُ . قال : « فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ » . فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّه شيخٌ كبيرٌ ، ما به مِنْ صيامٍ . قال : « فلْيُطْعِمْ ستِّينَ مِسكينًا » . قلتُ : ما عندَه من شىءٍ يتصدَّقُ بِهِ .

٨/٧٥ظ

---

(١) سورة المجادلة ٢ .

(٢) سورة الأحزاب ٤ .

(٣) فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٣ ، ٥١٤ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٤١٠ ، ٤١١ .

(٤) فى النسخ : « تظاهر » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سورة المجادلة ١ .

(٧) فى ا ، ب ، م : « فقالت » .

قال : « فإنِّى[8] سأُعِينُه بِعَرَقٍ مِن تَمْرٍ » . فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، فإنِّى أُعينُه بعرقٍ آخَرَ . قال : « قَدْ أحْسَنْتِ ، اذْهَبِى فَأَطْعِمِى عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، وارْجِعِى إلَى ابْنِ عَمِّكِ » . قال الأصْمَعِىُّ : العَرَقُ ، بفتح العَيْنِ والرَّاءِ : هو ما سُفَّ[9] مِن خُوصٍ ، كالزِّنْبِيلِ الكبيرِ . ورَوَى أيضًا[10] ، بإسنادِه عن سليمانَ بنِ يَسارٍ ، عن سَلَمَةَ بنِ صَخْرٍ الْبَياضِىِّ ، قال : كنتُ أُصِيبُ من النِّساءِ ما لا يُصيبُ غيرى ، فلمَّا دَخَلَ شهرُ رمضانَ ، خِفْتُ أنْ أُصيبَ من امرأتى شيئًا يتتايَعُ[11] حتى أُصْبِحَ ، فظاهَرْتُ مِنها حتَّى يَنْسَلِخَ شهرُ رمضانَ ، فبيْنا هى تَخدِمُنى ذاتَ لَيْلَةٍ ، إذْ تَكَشَّفَ لى منها شىءٌ ، فلم أَلْبَثْ أن نَزَوْتُ عليها ، فلمَّا أصبحتُ خَرَجْتُ إلى قومى ، فأخبرتُهم الخبرَ ، وقلتُ : امْشُوا معى إلى رسولِ اللهِ ﷺ . قالوا : لا واللهِ . فانْطَلَقْتُ إلى النَّبِىِّ ﷺ ، فأخبرتُه الخَبَرَ ، فقال : « أَنْتَ بِذاكَ يا سَلَمَةُ ؟ »[12] . فقلتُ : أنا بذاكَ يا رسولَ اللهِ ، وأنا صابرٌ لحكمِ اللهِ ، فاحْكُمْ فىَّ ما أراكَ اللهُ . قال : « حَرِّرْ رَقَبَةً » . قلتُ : والَّذِى بَعَثَكَ بالحقِّ ما أَمْلِكُ رَقَبَةً غيرَها . وضَرَبْتُ صَفْحَةَ رَقَبَتِى . قال : « فَصُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ » . قلتُ : وهل أَصَبْتُ الَّذى أصَبْتُ إلَّا مِن الصِّيامِ ؟ . قال : « فَأَطْعِمْ وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتِّينَ مِسْكِينًا » . قلتُ : والذى بعَثك بالحقِّ ، لقد بِتْنا وَحْشَيْنِ[13] ، ما لَنا طَعامٌ . قال : « فَانْطَلِقْ إلَى صَاحِبِ صَدَقَةِ بَنِى زُرَيْقٍ ، فَلْيَدْفَعْهَا إلَيْكَ » . قال : « فَأَطْعِمْ

---

(٨) فى الأصل : « فأنا » .

(٩) سُفَّ : أى نُسِج .

(١٠) فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٣ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ومن سورة المجادلة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢/١٨٥ ، ١٨٦ . والدارمى ، فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/١٦٣ ، ١٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٧ . وانظره فى ٤/٣٨٢ .

(١١) التتايع : الوقوع فى الشر من غير فكرة ورويَّة .

(١٢) أى : أنت المُلِمُّ بذاك ، أو أنت المرتكب له ؟

(١٣) يقال : رجل وحش . إذا كان جائعا ، لا طعام له .

سِتِّينَ مِسْكِينًا وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ ، وكُلْ أَنْتَ وعِيالُكَ بَقِيَّتَهَا » . فَرَجَعْتُ إلى قومى ، فقلتُ : وَجَدْتُ عندَكُمُ الضِّيقَ وسُوءَ الرَّأْيِ ، ووَجدتُ عندَ رسولِ اللهِ ﷺ السَّعَةَ وحُسْنَ الرَّأْيِ ، وقد أَمَرَ لى بصَدَقتِكُم .

فصل : وكلُّ زَوْجٍ صحَّ طلاقُه صحَّ ظِهارُه ، وهو البالِغُ العاقِلُ ، سواءٌ كان مسلمًا أو كافرًا ، حرًّا أو عبدًا . / قال أبو بكرٍ : وظِهارُ السَّكْرانِ مَبْنِيٌّ على طلاقِه . قال القاضى : وكذلك ظِهارُ الصَّبِىِّ مَبْنِيٌّ على طَلاقِه . والصَّحيحُ أنَّ ظِهارَ الصَّبِىِّ غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّها يَمينٌ موجبةٌ للكفَّارةِ ، فلم تَنْعَقِدْ منه ، كاليمينِ باللهِ تعالى ، ولأنَّ الكفَّارةَ وَجَبَتْ لما فيه من قَوْلِ المُنْكَرِ والزُّورِ ، وذلك مرفوعٌ عن الصَّبِىِّ ؛ لكَوْنِ القلمِ مرفوعًا عنه . وقد قيل : لا يَصِحُّ ظِهارُ العَبْدِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[14] . والعبدُ لا يَمْلِكُ الرِّقابَ . ولَنا ، عُمومُ الآيةِ ، ولأنَّه يَصِحُّ طلاقُه ، فَصَحَّ ظِهارُه ، كالحُرِّ . فأمَّا إيجابُ الرَّقبةِ ، فإنَّما هو على مَنْ يَجِدُها ، ولا يَبْقَى الظِّهارُ فى حقِّ مَنْ لا يَجِدُها ، كالمُعْسِرِ ، فَرْضُه الصِّيامُ . ويَصِحُّ ظِهارُ الذِّمِّىِّ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وقال مالِكٌ ، وأبو حَنِيفَةَ : لا يَصِحُّ منه ؛ لأنَّ الكفَّارَةَ لا تَصِحُّ منه ، وهى الرَّافِعَةُ للتَّحْرِيمِ ، فلا يصحُّ منه التَّحرِيمُ ، ودليلُ أنَّ الكفَّارَةَ لا تصحُّ منه ، أنَّها عبادةٌ تفتقرُ إلى النِّيَّةِ ، فلا تصِحُّ منه ، كسائِرِ العباداتِ . ولَنا ، أنَّ مَنْ صحَّ طلاقُه صحَّ ظهارُه ، كالمسلمِ . فأمَّا ما ذكَرُوه فيَبْطُلُ بكفَّارَةِ الصَّيْدِ إذا قَتَلَه فى الحَرَمِ ، وكذلك الحَدُّ يُقامُ عليه . ولا نُسلِّمُ أنَّ التَّكْفِيرَ لا يصِحُّ منه ؛ فإنَّه يصحُّ منه العِتْقُ والإطْعامُ ، وإنَّما لا يصِحُّ منه الصَّوْمُ[15] ، فلا تمتنعُ صحَّةُ الظِّهارِ بامتناعِ بعضِ أنواعِ الكفَّارةِ ، كما فى حقِّ العَبْدِ . والنِّيَّةُ إنَّما تُعْتَبَرُ لتَعْيِينِ الفِعْلِ للكفَّارةِ ، فلا يَمْتَنِعُ ذلك فى حقِّ الكافِرِ ، كالنِّيَّةِ فى كِناياتِ الطَّلاقِ . ومَنْ يُخْنَقُ[16] فى الأَحْيانِ ، يصحُّ ظهارُه فى إفاقَتِه ، كما يصحُّ طَلاقُه فيه .

(14) سورة المجادلة 3 .

(15) فى ا ، ب : « الصيام » .

(16) الخُناق : داء يمتنع معه نفوذ النفس إلى الرئة والقلب .

فصل : وَمَنْ لا يَصِحُّ طلاقُه لا يصحُّ ظِهارُه ، كالطِّفْلِ ، والزَّائِلِ العَقْلِ بجُنونٍ ، أو إغماءٍ ، أو نَوْمٍ ، أو غيرِه . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . ولا يصحُّ ظهارُ المُكْرَهِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال أبو يوسفَ : يصحُّ ظهارُه . والخلافُ فى ذلك مَبْنِىٌّ على الخلافِ فى صِحَّةِ طلاقِه . وقد مَضَى ذلك[17] .

فصل : ويصِحُّ الظِّهار من كُلِّ زوجةٍ ، كبيرَةً كانتْ أو صغيرةً ، مسلمةً كانتْ أو ذِمِّيَّةً ، مُمْكِنًا وَطْؤُها أو غيرَ مُمْكِنٍ . وبه قال مالكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يصحُّ الظِّهارُ مِنَ الَّتِى لا يُمْكِنُ وَطْؤُها ؛ لأنَّه لا يمْكِنُ وَطْؤُها ، والظِّهارُ لتَحْريمِ وَطْئِها . ولَنا ، عُمُومُ الآيَةِ ، ولأنَّها زوجةٌ يصِحُّ طلاقُها[18] ، فَصَحَّ الظِّهارُ منها ، كغيرِها .

١٣٠٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِزَوْجَتِه : أَنْتِ عَلَىَّ كَظَهْرِ أُمِّى / ، أَوْ كَظَهْرِ امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ ، أو أَنْتِ عَلَىَّ حَرَامٌ . أو حَرَّمَ عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَلَا يَطَأُهَا حَتَّى يَأْتِىَ بِالْكَفَّارَةِ) ٨/٧٦ظ

فى هذه المسألةِ فصولٌ خَمْسَةٌ :

أحدُها : أنَّه متى شَبَّهَ امرأتَه بمَنْ تَحْرُمُ عليه على التَّأْبِيدِ ، فقال : أنتِ عَلَىَّ كَظَهْرِ أُمِّى ، أو أُخْتِى ، أَوْ غيرِهما . فهو مُظاهِرٌ . وهُنَّ[1] على ثلاثةِ أَضْرُبٍ ؛ أحدُها ، أنْ يقولَ : أنتِ عَلَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . فهذا ظِهارٌ إجماعًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ العلم على أنَّ تَصْرِيحَ الظِّهارِ أن يقولَ : أنتِ عَلَىَّ كظهرِ أُمِّى . وفى حديثِ خُوَيْلَةَ امرأةِ أوسِ ابنِ الصَّامتِ ،أنَّه قال لها : أنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى . فذَكَر ذلك لرسولِ اللهِ ﷺ ، فأمَرَه بالكفَّارةِ . الضَّرْبُ الثَّانِى ، أنْ يُشَبِّهَهَا بِظَهْرِ مَنْ تَحْرُمُ عليه مِن ذَوِى رَحِمِه ، كجَدَّتِه

---

(١٧) تقدم فى : ١٠/٣٥٠ ، ٣٥١ .

(١٨) فى ا : « طلاقه » .

(١) فى م : « وهذا » .

وعمَّتِه وخالَتِه وأُخْتِه . فهذا ظِهارٌ فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الحسنُ ، وعَطاءٌ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، والشَّعْبىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، ومالِكٌ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وهو جديدُ قَوْلَىِ[2] الشَّافِعِىِّ . وقال فى القديم : لا يكونُ الظِّهارُ إلَّا بأُمٍّ أو جَدَّةٍ ؛ لأنَّها أُمٌّ أيضًا ، لأنَّ اللَّفْظَ الَّذى وَرَدَ به القُرْآنُ مُخْتَصٌّ بالأُمِّ ، فإذا عَدَلَ عنه ، لم يَتَعَلَّقْ به ما أوجَبَه اللهُ تعالى فيه . ولَنا ، أنَّهنَّ مُحَرَّماتٌ بالقَرابةِ ، فأشْبَهْنَ الأُمَّ . فأمَّا الآيةُ فقد قال فيها : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾[3] . وهذا موجودٌ فى مَسْأَلتِنا ، فجَرَى مَجْراه . وتعليقُ الحكمِ بالأُمِّ لا يَمْنَعُ ثُبوتَ الحكمِ فى غيرِها إذا كانت مِثْلَها . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، أنْ يُشَبِّهَهَا بِظَهْرِ من تَحْرُمُ عليه على التَّأْبيدِ سِوَى الأقاربِ ، كالأُمَّهاتِ المُرْضِعاتِ ، والأخواتِ[4] مِنَ الرَّضاعَةِ ، وحلائِلِ الآباءِ والأبناءِ ، وأُمَّهاتِ النِّساءِ ، والرَّبائِبِ اللَّائِى دَخَلَ بأُمِّهِنَّ ، فهو ظِهارٌ أيضًا . والخِلافُ فيها كالَّتى قَبْلَها . ووجْهُ المذهبَيْنِ ما تَقَدَّمَ ، ويَزِيدُ (5فى الأُمَّهاتِ5) المُرْضِعاتِ دُخُولُها فى عُمُومِ الأُمَّهاتِ ، فتكُونُ داخِلةً فى النَّصِّ ، وسائِرُهُنَّ فى معناها ، فيَثْبُتُ[6] فيهنَّ حكمُها .

الفصلُ الثَّانى : إذا شَبَّهَها بِظَهْرِ مَن تَحْرُمُ عليه تحريمًا مُؤَقَّتًا ؛ كأُخْتِ امرأتِه ، وعَمَّتِها ، أو الأجْنَبِيَّةِ[7] . فعَن أحمدَ فيه رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، أنَّه ظِهارٌ . وهو اختيارُ الخِرَقِىِّ وقَوْلُ أصحابِ مالِكٍ . والثَّانِيَةُ ، ليس بِظِهارٍ . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّها غيرُ مُحَرَّمَةٍ على التَّأْبيدِ ، فلا يكونُ التَّشْبيهُ بها ظهارًا ، كالحائِضِ ، والمُحْرِمَةِ مِنْ نسائِه . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه شَبَّهها بِمُحَرَّمَةٍ / ، فأشْبَهَ ما لو شَبَّهها بالأُمِّ ، ولأنَّ مُجَرَّدَ قَوْلِه : 77/8و

---

(2) فى ب : « قول » .

(3) سورة المجادلة 2.

(4) فى م : « والأخوال » .

(5 – 5) فى الأصل : « بالأمهات » .

(6) فى ب ، م : « فثبت » .

(7) فى الأصل : « والأجنبية » .

أنتِ عَلَيَّ حرامٌ . ظهارٌ إذا نَوى به الظهارَ ، والتَّشْبِيهُ بالمُحَرَّمَةِ تحريمٌ ، فكان ظهارًا، فأمَّا الحائِضُ فيباحُ الاسْتِمْتاعُ بها فى غيرِ الفَرْجِ ، والمُحْرِمَةُ يَحِلُّ له النَّظَرُ إليها ، ولَمْسُها بغيرِ[8] شهوةٍ ، وليس فى وَطْءِ واحِدةٍ منهما[9] حَدٌّ ، بخلافِ مَسْألتِنا . واختارَ أبو بَكْرٍ أنَّ الظِّهارَ لا يكونُ إلَّا مِن ذواتِ المَحارِمِ [10] من النِّساءِ ، لا مِن الرِّجالِ [10] . قال : فبهذا أقولُ .

فصل : وإن شَبَّهَها بظهرِ أبيه ، أو [11] بظَهْرِ غيرِه [11] مِنَ الرِّجالِ ، أو قال : أنتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ البهيمةِ . أو : أنتِ عَلَيَّ كالمَيْتَةِ والدَّمِ . ففى ذلك كُلِّه روايتان ؛ إحداهما ، أنَّه ظهارٌ . قال المَيْمُونِيُّ : قلتُ لأحمدَ : إنْ ظاهَرَ مِن ظَهْرِ الرَّجُلِ ؟ . قال : فظَهْرُ الرَّجُلِ حرامٌ ، يكون ظهارًا . وبهذا قال ابنُ القاسِمِ صاحبُ مالكٍ ، فيما إذا قال : أنتِ علىَّ كظهرِ أبى . ورُوِىَ ذلك عن جابرِ بن زَيدٍ . والرِّوايةُ الثَّانِيةُ ، ليس بظِهارٍ . وهو قولُ أكثرِ العلماءِ ؛ لأنَّه تشبيهٌ بما ليس بِمَحَلٍّ للاسْتِمْتاعِ ، أشْبَهَ ما لو قال : أنتِ علىَّ كمالِ زيدٍ . وهل فيه كفَّارَةٌ ؟ على روايتَيْن ؛ إحداهُما ، فيه كفَّارةٌ ؛ لأنَّه نوعُ تَحْرِيمٍ ، فأشْبَهَ ما لو حرَّمَ مالَه . والثَّانيةُ ، ليس فيه شيءٌ . نقل ابنُ القاسِمِ عن أحمدَ ، فى مَن شبَّهَ امرأتَه بظَهْرِ الرَّجُلِ : لا يكونُ ظهارًا . ولم أرَهُ يُلْزِمُه فيه شيئًا[12] ؛ وذلك لأنَّه تشبيهٌ لامرأتِه بما ليس بِمَحَلٍّ للاسْتِمْتاعِ ، أشْبَهَ التَّشبيهَ بِمالِ غيرِه . وقال أبو الخطَّابِ [13] فى قولِه [13] : أنتِ علىَّ كالمَيْتَةِ والدَّمِ : إن نَوى به الطَّلاقَ كان طلاقًا ، وإن نَوى الظِّهارَ كان ظِهارًا ، وإنْ نوى اليَمينَ كان يمينًا ، وإنْ لم ينوِ شيئًا ففيه روايتان ؛ إحداهما ، هو ظِهارٌ . والأُخْرَى ، هو يَمينٌ . ولم يتحقَّقْ عندى معنى إرادةِ[14] الظِّهارِ واليمينِ . واللهُ أعلمُ .

---

(٨) فى م : « من غير » .
(٩) فى ب ، م : « منها » .
(١٠ - ١٠) فى ا : « فقال : لا من الرجال » . فى ب ، م : « من النساء » . وسقط : « لا من الرجال » .
(١١ - ١١) فى م : « بظهره » .
(١٢) فى م : « شىء » .
(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .
(١٤) فى م : « إرادته » .

فصل : فإنْ قال : أنتِ عندِى ، أو مِنِّى ، أو مَعِى ، كظَهْرِ أُمِّى . كان ظهارًا بمنزلة علىَّ ؛ لأنَّ هذه الألفاظَ فى معناه . وإن قال : جُمْلَتُكِ ، (١٥أو بدنُكِ١٥) ، أو جسمُكِ ، أو ذاتُكِ ، أو كُلُّكِ علىَّ كظهرِ أُمِّى . كان ظهارًا ؛ لأنَّه أشارَ إليها . فهو كقوله : أنتِ . وإن قال : أنتِ كظَهْرِ أُمِّى . كان ظهارًا ؛ لأنَّه أتَى بما يقْتضِى تحْريمَها عليه فانْصَرَفَ الحُكْمُ إليه ، كما لو قال : أنتِ طالِقٌ . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : ليس بظهارٍ ؛ لأنَّه فيه ما يدلُّ على أنَّ ذلك فى حقِّه . وليس بصحيحٍ ، فإنَّها إذا كانت كظهرِ / أُمِّه ، (١٥فظهرُ أُمِّه١٥) ، مُحَرَّمٌ عليه .

٨/٧٧ظ

فصل : وإن قال : أنتِ علىَّ كأُمِّى . أو : مِثْلُ أُمِّى . ونَوَى به الظِّهارَ ، فهو ظِهارٌ ، فى قولِ عامَّةِ العلماءِ ؛ منهم أبو حَنِيفَةَ ، وصاحباه ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ . وإن نَوَى به الكَرامةَ والتَّوقيرَ ، أو أنَّها مثلُها فى الكِبَرِ ، أو الصِّفةِ ، فليس بظهارٍ . والقَوْلُ قولُه فى نِيَّتِه . وإن أطلقَ ، فقال أبو بكرٍ : هو صريحٌ فى الظِّهارِ . وهو قولُ مالكٍ ، ومحمَّدِ ابنِ الحسنِ . وقال ابن أبى موسى : فيه روايتانِ ، أظْهَرُهما أنَّه ليس بظهارٍ حتَّى يَنْوِيَه . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ هذا اللَّفْظَ يُسْتَعْمَلُ فى الكَرامةِ أكثرَ مِمَّا يُستعملُ فى التَّحريمِ ، فلم ينْصرِفْ إليه بغيرِ نِيَّةٍ ، ككِناياتِ الطَّلاقِ . ووجهُ الأوَّلِ أنَّه شَبَّهَ امرأتَه بجُمْلَةِ أُمِّه ، فكان مُشَبِّهًا لها بظهرِها ، فيَثْبُتُ الظِّهارُ كما لو شَبَّهَها به مُنْفرِدًا . والذى يصحُّ عندى فى(١٦) قِياسِ المذهبِ ، أنَّه إنْ وُجِدَتْ قَرِينةٌ تدلُّ على الظِّهارِ ، مثلَ أنْ يُخْرِجَه مَخْرَجَ الحَلِفِ ، فيقولُ : إنْ فعلتِ كذا فأنتِ علىَّ مثلُ أُمِّى . أو قال ذلك حالَ الخُصُومَةِ والغَضَبِ ، فهو ظهارٌ ؛ لأنَّه إذا أخْرَجَه(١٧) مَخْرَجَ الحَلِفِ ، فالحلفُ يرادُ للامْتناعِ من شىءٍ ، أو الحَثِّ عليه ، وإنَّما يَحْصُلُ ذلك بتَحْرِيمِها عليه ، ولأنَّ كونَها مثلُ أُمِّه فى صفتِها

(١٥ – ١٥) سقط من : الأصل.

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى م : « خرج » .

أو كرامَتِها . لا يتعلَّقُ على شَرْطٍ ، فيدلُّ[18] على أنَّه إنَّما أرادَ الظِّهارَ ، ووُقوعُ ذلك فى حالِ الخُصُومَةِ والغضبِ ، دليلٌ على أنَّه أرادَ به ما يتعلَّقُ بأذاها ، ويُوجِبُ اجْتنابَها ، وهو الظِّهارُ . وإنْ عُدِمَ هذا فليس بظِهارٍ ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ لغيرِ الظِّهارِ احتمالًا كثيرًا ، فلا يَتَعَيَّنُ الظِّهارُ فيه بغير دليلٍ . ونحوُ هذا قولُ أبى ثَوْرٍ . وهكذا لو قال : أنتِ علىَّ كأُمِّى ، أو : مثلُ أُمِّى . أو قال : أنتِ أُمِّى ، أو : امرأتى أُمِّى . مع الدَّليلِ الصَّارِفِ له إلى الظِّهارِ ، كان ظِهارًا ؛ إمَّا بِنِيَّةٍ ، أو ما يَقُومُ مَقامَها . وإن قال : أُمِّى امرأتِى . أو : مثل امرأتِى . لم يكُنْ ظِهارًا ؛ لأنَّه تَشْبِيهٌ لأُمِّه ، ووَصْفٌ لها ، وليس بوَصْفٍ لامرأتِه .

الفصل الثالث : أنَّه إذا قال : أنتِ علىَّ حرامٌ . فإنْ نَوَى به الظِّهارَ ، فهو ظِهارٌ ، فى قول عامَّتِهم . وبه يقول أبو حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىُّ . وإنْ نَوَى به الطَّلاقَ ، فقد ذكرناه فى باب الطَّلاقِ[19] ، وإن أطْلَقَ ففيه روايتان ؛ إحْداهما ، هو ظِهارٌ . ذكره الْخِرَقِىُّ فى مَوْضِعٍ آخرَ . ونصَّ عليه أحمدُ ، فى رواية جماعةٍ مِن أصحابه . وذكرَه إبراهيمُ الحَرْبِىُّ ، عن عثمانَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وأبى قِلَابَةَ ، وسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، ومَيْمُونَ بنِ مِهْرانَ ، والْبَتِّىِّ ، / أنَّهم قالوا : الحرامُ ظِهارٌ . وروى عن أحمدَ ما يدُلُّ على أنَّ التَّحْرِيمَ يَمِينٌ . ورُوِىَ عن ابنِ عبَّاسٍ ، أنَّه قال : إنَّ التَّحريمَ يمينٌ فى كتابِ اللهِ عزَّ وجلَّ ، قال اللهُ عزَّ وجلَّ : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا النَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ اللهُ لَكَ ﴾ ثم قال : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾[20] . وأكثرُ الفقهاءِ على أنَّ التَّحريمَ إذا لم يَنْوِ به الظِّهارَ ، ليس بظهارٍ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىِّ . ووَجْهُ ذلك الآيةُ المذكورةُ ، وأنَّ التَّحريمَ يتنوَّعُ ، منه ما هو بظهارٍ وبطلاقٍ وبحيضٍ وبإحْرامٍ[21] وصيامٍ ، فلا يكونُ التَّحْرِيمُ صَرِيحًا فى واحدٍ منها ، ولا

٧٨/٨و

(١٨) فى ا ، ب : « يدل » .

(١٩) تقدم فى : ٣٩٧/١٠ .

(٢٠) سورة التحريم ١ ، ٢ .

وانظر ما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطنى ٤٠/٤ . وانظر أيضا ما تقدم فى : ٣٩٨/١٠ .

(٢١) فى م : « وإحرام » .

يَنصَرِفُ إليه بغيرِ نِيَّةٍ[٢٢] ، كما لا ينصرِفُ إلى تَحْرِيمِ الطَّلاقِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه تحريمٌ أوْقَعَه فى امرأتِه ، فكان بإطْلاقِه ظِهارًا ، كتَشْبِيهِها بظهرِ أُمِّه . وقولُهم : إنَّ التَّحْرِيمَ يَتَنَوَّعُ . قُلْنا : إلَّا أنَّ تلك الأنواعَ مُنْتَفِيَةٌ ، ولا يَحْصُلُ بقولِه منها إلَّا الطَّلاقُ ، وهذا أوْلَى منه ؛ لأنَّ الطَّلاقَ تَبِينُ به المرأةُ ، وهذا يُحَرِّمُها مع بقاءِ الزَّوْجِيَّةِ ، فكان أدْنَى التَّحْرِيمَيْنِ ، فكان أوْلَى . فأمَّا إنْ قال ذلك لمُحَرَّمَةٍ عليه بحَيْضٍ أو نَحْوِه ، وقَصَدَ الظِّهارَ ، فهو ظِهارٌ ، وإنْ قَصَدَ أنَّها مُحَرَّمَةٌ عليه بذلك السَّبَبِ ، فلا شىءَ فيه . وإن أطلَقَ ، فليس بظِهارٍ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ الخبرَ عن حالِها ، ويَحْتَمِلُ إنشاءَ التَّحريمِ فيها بالظِّهارِ ، فلا يَتَعَيَّنُ أحدُهما بغيرِ تَعْيِينٍ .

فصل : فإنْ قال : الحِلُّ علىَّ حرامٌ . أو : ما أحَلَّ اللهُ علىَّ حرامٌ . أو : ما أنْقَلِبُ إليه حرامٌ . وله امرأةٌ ، فهو مظاهِرٌ . نصَّ عليه أحمدُ فى الصُّوَرِ الثَّلاثِ ؛ وذلك لأنَّ لَفْظَه يقْتضِى العُمُومَ ، فيتناوَلُ المرأةَ بعُمُومِه . وإنْ صَرَّحَ بتَحْرِيمِ المرأةِ ، أو نَوَاها ، فهو آكَدُ . قال أحمدُ ، فى مَن قال : ما أحَلَّ اللهُ علىَّ حرامٌ ؛ من أهلٍ ، ومالٍ : عليه كفَّارةُ الظِّهارِ ، هو يَمِينٌ . وتُجْزِئُه كفَّارةٌ واحِدَةٌ ، فى ظاهرِ كلامِ أحمدَ هذا . واختار ابنُ عَقِيلٍ ، أنَّه يلزمُه كَفَّارتان للظِّهارِ ولتَحْرِيمِ المالِ ؛ لأنَّ التَّحْرِيمَ تَناوَلَهما ، وكلُّ واحدٍ منهما لو انْفَرَدَ أوْجَبَ كفَّارةً ، فكذلك إذا اجْتَمَعا . ولَنا ، أنَّها يَمِينٌ واحدةٌ فلا تُوجِبُ كفارتَيْنِ ، كما لو تَظاهَرَ من امرأتَيْنِ ، أو حَرَّمَ مِن مالِه شيئَيْنِ . وما ذكرَه يَنْتَقِضُ بهذا . وفى قَوْلِ أحمدَ : هو يمينٌ . إشارةٌ إلى التَّعليلِ بما ذكَرْناه ؛ لأنَّ اليمينَ الواحدةَ لا تُوجِبُ أكثرَ من كفَّارةٍ . وإنْ نَوَى بقولِه : ما أحلَّ اللهُ علىَّ حرامٌ . وغيرِه من لَفَظاتِ العُمُومِ المالَ ، لم يَلْزَمْه إلَّا كفَّارةُ يَمِينٍ ؛ لأنَّ اللفظَ العامَّ يجوزُ استعمالُه فى الخاصِّ . وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى التى تقولُ : إنَّ الحرامَ بإطلاقِه / ليس بظِهارٍ . لا يكونُ هٰهُنا مُظاهِرًا ، إلَّا أنْ يَنْوِىَ الظِّهارَ . ٨/٧٨ظ

فصل : وإنْ قال : أنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى حرامٌ . فهو صريحٌ فى الظِّهارِ ، لا ينصرِفُ إلى غيرِه ، سواءٌ نَوَى الطَّلاقَ أو لم يَنْوِه . وليس فيه اختلافٌ بحمدِ اللهِ ؛ لأنَّه صَرَّحَ بالظِّهارِ ، وبيَّنَه بقولِه : حرامٌ . وإنْ قال : أنتِ علىَّ حرامٌ[٢٣] كظهرِ أُمِّى . أو :

---

(٢٢) فى م : « النية » .

(٢٣) سقط من : ب .

كأُمِّي . فكذلك . وبه قال أبو حَنِيفَةَ ، وهو أَحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ . والقولُ الثَّاني ، إذا نَوَى الطَّلاقَ فهو طلاقٌ . وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمدٍ ، إلَّا أنَّ أبا يوسفَ قال : لا أَقْبَلُ قولَه في نَفْيِ الظِّهارِ . ووَجْهُ قولِهم ، أنَّ قولَه : أنتِ عليَّ حرامٌ . إذا نَوَى به الطَّلاقَ فهو طلاقٌ ، وزيادةُ قولِه : كظهرِ أمِّي . بعدَ ذلك لا يَنْفِي الطَّلاقَ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ كَظَهْرِ أمِّي . ولَنا ، أنَّه أتَى بصَرِيحِ الظِّهارِ ، فلم يكُنْ طَلاقًا ، كالتي قَبْلَها . وقولُهم : إنَّ التَّحريمَ مع نيَّةِ الطَّلاقِ طلاقٌ . لا نُسَلِّمُه . وإنْ سلَّمْناه لكنَّه فَسَّرَ لَفْظَه هٰهُنا بصَرِيحِ الظِّهارِ بقولِه ، فكان العملُ بصَرِيحِ القولِ أَوْلَى من العملِ بالنِّيَّةِ .

فصل : وإنْ قال : أنتِ طالقٌ كظهرِ أُمِّي . طَلُقَتْ ، وسقط قولُه[٢٤] : كظهرِ أُمِّي . لأنَّه أتَى بصَرِيحِ الطَّلاقِ أوَّلًا ، وجَعَلَ قولَه : كظهرِ أُمِّي . صفةً له . فإنْ نَوَى بقولِه : كظهرِ أمِّي . تأكيدَ الطَّلاقِ ، لم يكُنْ ظِهارًا ، كما لو أَطْلَقَ ، وإنْ نَوَى به الظِّهارَ ، وكان الطَّلاقُ بائِنًا ، فهو كالظِّهارِ من الأَجْنَبِيَّةِ ؛ لأنَّه أتَى به بعدَ بَيْنُونَتِها بالطَّلاقِ . وإن كان رَجْعيًّا ، كان ظهارًا صحيحًا . ذكره القاضي . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه أتَى بلفظِ الظِّهارِ في مَن هي زَوْجَةٌ . وإنْ نَوَى بقولِه : أنتِ طالقٌ . الظهارَ ، لم يكُنْ ظِهارًا ؛ لأنَّه نَوَى الظِّهارَ بصَرِيحِ الطَّلاقِ . وإنْ قال : أنتِ عليَّ كظهرِ أُمِّي طالقٌ . وقع الظِّهارُ والطَّلاقُ معًا ، سَواءٌ كان الطَّلاق بائِنًا ، أو رَجْعِيًّا ؛ لأنَّ الظِّهارَ سَبَقَ الطَّلاقَ .

فصل : فإنْ قال : أنتِ عليَّ حرامٌ . ونَوَى الطَّلاقَ والظِّهارَ معًا ، كان ظهارًا ، ولم يكُنْ طلاقًا ؛ لأنَّ اللَّفظَ الواحِدَ لا يكونُ ظِهارًا وطلاقًا ، والظِّهارُ أَوْلَى بهذا اللَّفْظِ ، فيَنْصَرِفُ إليه . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافِعِيِّ : يقالُ له[٢٥] : اخْتَرْ أيَّهما شِئْتَ . وقال بَعْضُهم : إنْ قال : أردْتُ الطَّلاقَ والظِّهارَ . كان طلاقًا ؛ لأنَّه بَدَأ به . وإنْ قال : أردْتُ

---

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) سقط من : الأصل .

الظِّهارَ والطَّلاقَ ، كان ظهارًا ؛ لأنَّه بَدَأَ به ، فيكونُ ذلك اختيارًا له ، ويَلْزَمُه ما بَدَأَ به .

ولنا ، أنَّه أتَى بلَفْظَةِ الحرامِ يَنْوِى بها الظِّهارَ ، فكانت ظهارًا ، كما لو انْفرَدَ / الظِّهارُ بنِيَّتِه ، ولا يكونُ طلاقًا ؛ لأنَّه زاحَمَتْ نِيَّتَه نِيَّةَ الظِّهارِ ، وتَعَذَّرَ الجَمْعُ[26] ، والظِّهارُ أوْلَى بهذه اللَّفْظَةِ ؛ لأنَّ معناهما واحِدٌ ، وهو التَّحْرِيمُ ، فيجبُ أن يُغَلَّبَ ما هو الأَوْلَى ، أمَّا الطَّلاقُ فإنَّ معناه الإطْلاقُ ، وهو حَلُّ قيدِ النِّكاحِ ، وإنَّما التَّحْرِيمُ حُكْمٌ له فى بعضِ أحْوالِه ، وقد يَنْفَكُّ عنه ؛ فإنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُطَلَّقةٌ مُباحةٌ . وأمَّا التَّخْيِيرُ فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذه اللَّفْظَةَ قد ثَبَتَ حكمُها حين لَفَظَ بها ؛ لكَوْنِه أهلًا والمحلِّ قابلًا ، ولهذا لو حَكَمْنا بأنَّه طلاقٌ ، لَكانتْ عِدَّتُها من حين أوْقَعَ الطَّلاقَ ، وليس إليه[27] رَفْعُ حُكْمٍ ثَبَتَ فى المَحلِّ باخْتيارِه[28] ، وإبْدالُه بإرادتِه ، والقولُ الآخَرُ مَبْنِىٌّ على أنَّ له الاختيارَ . وهو فاسِدٌ على ما ذَكَرْنا . ثمَّ إنَّ الاعتبارَ بجميعِ لفظِه ، لا بما بَدَأَ به ، ولذلك لو قال : طَلَّقْتُ هذه أو هذه . لم يَلْزَمْ طلاقُ الأُولَى .

الفصل الرابع : أنَّه إذا شَبَّه عُضْوًا من امرأتِه بظَهْرِ أُمِّه أو عُضْوٍ[29] من أعضائِها ، فهو مظاهِرٌ ، فلو قال : فرجُكِ ، أو ظهرُكِ ، أو رأسُكِ ، أو جلدُكِ علىَّ كظهرِ أُمِّى ، أو بدنِها ، أو رأسِها ، أو يدِها . فهو مظاهِرٌ . وبهذا قال مالِكٌ . وهو نَصُّ[30] الشَّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه ليس بمُظاهِرٍ حتَّى يُشَبِّهَ جُمْلةَ امْرأتِه ؛ لأنَّه لو حَلَفَ باللهِ لا يَمَسُّ عضوًا منها ، لم يَسْرِ إلى غيرِه ، فكذلك المُظاهَرَةُ ، ولأنَّ هذا ليس بِمَنْصوصٍ عليه ، ولا هو فى معنى المَنْصُوصِ ؛ لأنَّ تَشْبِيهَ جُمْلَتِها تشْبيهٌ لمَحِلِّ[31] الاسْتِمْتاعِ بما يَتأَكَّدُ تَحْرِيمُه ، وفيه تحريمٌ لجُمْلتِها ، فيكونُ آكَدَ . وقال أبو حَنِيفَةَ : إنْ شبَّهَها بما يَحْرُمُ

(٢٦) فى م : « الجميع » .
(٢٧) فى ب : « له » .
(٢٨) فى م : « واختياره » .
(٢٩) فى النسخ : « عضوا » .
(٣٠) فى ا : « قول » .
(٣١) فى ب : « بمحل » .

النَّظَرُ إليه من الأُمِّ ، كالفَرْجِ ، والفَخِذِ ، ونَحْوِهما ، فهو مُظاهِرٌ ، وإنْ لم يَحْرُمِ النَّظَرُ إليه ، كالرَّأْسِ ، والوَجْهِ ، لم يكنْ مُظاهِرًا ؛ لأنَّه شَبَّهَها بعُضْوٍ لا يَحْرُمُ النَّظَرُ إلَيه ، فلم يكُنْ مظاهِرًا ، كما لو شبَّهَها بعُضْوِ زوجةٍ له[٣٢] أُخرَى . ولَنا ، أنَّه شبَّهها بعُضْوٍ مِن أُمِّه ، فكانَ مُظاهِرًا ، كما لو شَبَّهَها بِظَهْرِها ، وفارَقَ الزَّوْجَةَ ؛ فإنَّه لو شَبَّهَها بِظَهْرِها لم يَكُنْ مظاهرًا ، والنَّظَرُ إنْ لم يَحْرُمْ ، فإنَّ التَّلَذُّذَ يَحْرُمُ ، وهو المُسْتَفاد بِعَقْدِ النِّكاحِ .

فصل : وإنْ قالَ : كَشَعْرِ أُمِّى ، أو سِنِّها ، أو ظُفُرِها . أو شَبَّهَ شيئًا مِنْ ذلك مِن امرأتِه بأُمِّه ، أو بِعُضْوٍ مِن أعْضائِها[٣٣] ، لم يكنْ مُظاهِرًا ؛ لأنَّها ليستْ مِن أعْضاءِ الأُمِّ الثَّابتَةِ ، ولا يقَعُ الطَّلاقُ بإضافَتِه إليها ، فكذلك الظِّهارُ[٣٤] . وكذلك لو قال : كزَوْجِ أُمِّى . فإنَّ الزَّوْجَ لا يُوصَفُ بالتَّحْرِيمِ ، ولا هو مَحِلٌّ / للاسْتِمْتاعِ . وكذلك الرِّيقُ ، والعَرَقُ ، والدَّمْعُ . وإنْ قال : وَجْهِى مِنْ وَجْهِكِ حرامٌ . فلَيس بظِهارٍ ، نصَّ عليه أحمدُ ، وقال : هذا شىءٌ يقولُه النَّاسُ ، ليس بشىءٍ . وذلك لأنَّ هذا يُسْتَعْمَلُ كثيرًا فى غير الظِّهارِ ، ولا يُؤَدِّى معْنى الظِّهارِ ، فلم يكُنْ ظهارًا ، كما لو قال : لا أُكَلِّمُكَ .

٧٩/٨ظ

فصل : فإن قال : أنا مُظاهِرٌ ، أو عَلَىَّ الظِّهارُ ، أو علىَّ الحرامُ ، أو الحرامُ لى لازِمٌ . ولا نِيَّةَ له ، لم يَلْزَمْه شىءٌ ؛ لأنَّه ليس بصَريحٍ فى الظِّهارِ ، ولا نَوَى به الظِّهارَ . وإنْ نَوَى به[٣٢] الظِّهارَ ، أو اقْتَرَنَتْ به قرينةٌ[٣٥] تدلُّ على إرادتِه الظِّهارَ ، مِثْلَ أنْ يُعَلِّقَه على شَرْطٍ ، فيقولَ : علىَّ الحرامُ إنْ كلَّمْتُكِ . احْتَمَلَ أنْ يكونَ ظِهارًا ؛ لأنَّه أَحَدُ نَوْعَىْ تحْريمِ الزَّوْجةِ ، فَصَحَّ بالكِنايةِ مع النِّيَّة ، كالطَّلاقِ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَثْبُتَ به الظِّهارُ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ إنَّما وَرَدَ به بصَرِيحِ لَفْظِه ، وهذا ليس بصرِيحٍ فيه ، ولأنَّه يمينٌ مُوجِبَةٌ

---

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) فى م زيادة : « الثلاثة » .

(٣٤) فى ا : « المظاهرة » .

(٣٥) فى الأصل ، ب : « نية » .

للكفَّارةِ ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُه بغيرِ الصَّريحِ ، كاليمينِ باللهِ تعالَى .

فصل : يُكْرَهُ أنْ يُسَمِّىَ الرَّجُلُ امرأتَه بِمَنْ تَحْرُمُ عليه ، كأُمِّه ، أو أُخْتِه ، أو بِنْتِه ؛ لما رَوَى أبو دَاوُدَ[٣٦] ، بإسْنادِه عن أبى تَمِيمَةَ الهُجَيْمِىِّ ، أنَّ رَجُلًا قال لامرأتِه : يا أُخَيَّةُ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « أُخْتُكَ هِىَ ! » . فكَرِهَ ذلك ، ونَهَى عنه . ولأنَّه لَفْظٌ يُشْبِهُ لَفظَ الظِّهارِ . ولا تَحْرُمُ بهذا ، ولا يَثْبُتُ حُكْمُ الظِّهارِ ؛ فإنَّ النَّبىَّ ﷺ لم يقُلْ له : حَرُمَتْ عليك . ولأنَّ هذا اللَّفْظَ ليس بصَرِيحٍ فى الظِّهارِ ولا نَوَاه به[٣٧] ، فلا يَثْبُتُ التَّحْريمُ . وفى الحديثِ عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّ إبراهيمَ عليه السَّلامُ أَرْسَلَ إليه جَبَّارٌ ، فَسَأَلَه عنها - يَعْنِى عنْ سَارَةَ - فَقَالَ : إنَّها أُخْتِى[٣٨] . وَلَمْ يَعُدَّ ذلك ظِهارًا .

الفصلُ الخامِسُ : أنَّ المُظاهِرَ يَحْرُمُ عليه وَطْءُ امرأتِه قبلَ أنْ يُكَفِّرَ . وليس فى ذلك اختلافٌ إذا كانت الكفَّارةُ عِتْقًا أو صَوْمًا ؛ لِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾[٣٩] . وقَوْلِه سُبْحانَه : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾[٣٩] . وأكثرُ أهلِ العلمِ على أنَّ التَّكْفِيرَ بالإِطْعامِ مِثْلُ ذلك ، وأنَّه يَحْرُمُ وَطْؤُها قبلَ التَّكْفِيرِ ؛ منهم عطاءٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وذَهَبَ أبو ثورٍ إلى إباحةِ الجِماعِ قبلَ التَّكْفِيرِ بالإِطعامِ . وعن أحمدَ ما يَقْتَضِى ذلك ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لم يمْنَعِ المَسِيسَ قَبْلَه ، كما فى العِتْقِ والصِّيامِ . ولَنا ، ما رَوَى عِكْرِمَةُ ، عنِ ابنِ عبَّاسٍ ، أنَّ رَجُلًا أتَى النَّبىَّ ﷺ ، فقال : يا رسولَ اللهِ ، إنِّى تَظاهَرْتُ من امرأتِى ، فوَقَعْتُ عليها قبلَ أنْ أُكَفِّرَ . / فقال : « ما حَمَلَكَ عَلَى ذٰلِكَ ، يَرْحَمُكَ اللهُ ؟ » قال : رأيتُ خُلْخَالَها فى ضَوْءِ القَمَرِ . قال : « فَلَا تَقْرَبْها حتَّى تَفْعَلَ مَا أَمَرَكَ[٤٠] اللهُ » . رواه أبو داوُدَ ،

٨/٨٠و

(٣٦) فى : باب فى الرجل يقول لامرأته : يا أختى ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٢ .

(٣٧) فى ب : « له » .

(٣٨) تقدم تخريجه فى : ٩/٥١٤ . عند قول أبى هريرة : تلك أمكم يا بنى ماء السماء .

(٣٩) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٤٠) فى ا : « أمر » .

والتِّرمذِىُّ[٤١] ، وقال : حديثٌ حَسَنٌ . ولأنَّه مُظاهِرٌ لم يُكَفِّرْ ، فَحَرُمَ عليه جِماعُها ، كما لو كانت كفَّارَتُه العِتْقَ أو الصِّيامَ ، وتَرْكُ النَّصِّ عليها لا يَمْنَعُ قِياسَها على المَنْصُوصِ الذى فى مَعْناها .

فصل : فأمَّا التَّلَذُّذ بما دونَ الجِماعِ[٤٢] ، مِنَ القُبْلَةِ ، واللَّمْسِ ، والمُباشَرَةِ فيما دُونَ الفَرْجِ ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، يَحْرُمُ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . وهو قَوْلُ الزُّهْرِىِّ ، ومالِكٍ ، والأَوْزَاعِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . ورُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، وهو أَحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأن ما حَرَّمَ الوَطءَ من القولِ حَرَّمَ دَواعِيَه ، كالطَّلاقِ والإِحْرامِ والثَّانِيَةُ ، لا يَحْرُمُ . قال أحمدُ : أرْجُو أنْ لا يكونَ به بَأْسٌ . وهو قَوْلُ الثَّوْرِىِّ ، وإسْحاقَ ، وأبى حَنِيفَةَ . وحُكِىَ عن مالِكٍ . وهو القولُ الثَّانِى للشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه وَطْءٌ يَتَعَلَّقُ بتَحْرِيمِه مالٌ ، فلم يَتَجاوَزْه التَّحْرِيمُ ، كوَطْءِ الحائِضِ .

فصل : ولا يصحُّ الظِّهارُ من أَمَتِه ، ولا أُمِّ وَلَدِه . رُوِىَ ذلك عنِ ابنِ عُمَرَ ، وعَبْدِ اللهِ ابنِ عَمْرٍو ، وسَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، ومُجَاهِدٍ ، والشَّعْبِىِّ ، ورَبِيعَةَ ، والأَوْزَاعِىِّ ، والشَّافِعِىِّ ، وأبى حَنِيفَةَ وأصحابِه . ورُوِىَ عنِ الحسنِ ، وعِكْرِمَةَ ، والنَّخَعِىِّ ، وعَمرِو ابنِ دِينارٍ ، وسُلَيْمانَ بنِ يَسَارٍ ، والزُّهْرِىِّ ، وقَتادَةَ ، والحَكَمِ ، والثَّوْرِىِّ ، ومَالِكٍ ، فى الظِّهارِ مِنَ الأَمَةِ كفَّارَةٌ تامَّةٌ ؛ لأنَّها مُباحةٌ له ، فَصَحَّ الظِّهارُ منها كالزَّوْجَةِ . وعنِ الحَسَنِ ، والأَوْزَاعِىِّ ، إنْ كان يَطَأُها فهو ظِهارٌ ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه إذا لم يَطأْها[٤٣] فهو كتَحْرِيمِ مالِه . وقال عطاءٌ : عليه نِصْفُ كفَّارَةِ حُرَّةٍ ؛ لأنَّ الأَمَةَ على النِّصْفِ من الحُرَّةِ

---

(٤١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥١٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٧٧ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٣٦ .

(٤٢) فى ب : « الفرج » .

(٤٣) فى ب : « يظاهر » .

فى كثيرٍ من أحكامِها ، وهذا من أحْكامِها ، فتكونُ على النّصْفِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾[44] فَخَصَّهُنَّ به ؛ ولأنّه[45] لفظٌ يَتَعلَّقُ به تَحْرِيمُ الزَّوْجةِ ، فلا تَحْرُمُ به الأمَةُ ، كالطَّلاقِ ، ولأنَّ الظِّهارَ كان طلاقًا فى الجاهليَّةِ ، فنُقِلَ حُكْمُه وبَقِىَ مَحِلُّه . قال أحمدُ : قال أبو قِلَابَةَ ، وقَتادةُ : إنَّ الظِّهارَ كان طَلاقًا فى الجاهليَّةِ . ورُوِىَ عنْ أحمدَ ، أنَّ على المُظاهِرِ مِنْ أَمَتِه كفَّارةَ ظِهارٍ . وقال أبو بكرٍ : لا يَتَوَجَّهُ هذا على مَذْهَبِه ؛ لأنّه لو كانتْ[46] عليه كفَّارةُ ظِهارٍ كان ظهارًا ، ولكنْ عليه كفَّارةُ يَمِينٍ ؛ لأنّه تَحْرِيمٌ لمُباحٍ من مالِه ، فكانتْ فيه كفَّارةُ يَمِينٍ ، كتَحْرِيمِ سائرِ مالِه . قال نافعٌ : حَرَّمَ رسولُ اللهِ ﷺ جارِيَتَه ، فأَمَرَه اللهُ أنْ يُكفِّرَ يَمِينَه[47] . ويَحْتَمِلُ أنْ لا[48] يَلْزَمَه شىءٌ ، بِناءً عَلَى قَوْلِه فى المرأةِ إذا قالتْ / لزوجها : أنْتَ علىَّ كظَهْرِ أبى . لا يَلْزَمُها شىءٌ . وإنْ قال لِأَمَتِه : أنتِ علىَّ حرامٌ . فعليه كفَّارةُ يَمِينٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا النَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ . إلى قولِه تعالَىٰ : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾[49] نزلتْ فى تحْرِيمِ النَّبىِّ ﷺ لجارِيَتِه فى قَوْلِ بَعْضِهم . ويُخَرَّجُ على الرِّوايةِ الأُخْرَى أنْ تَلْزَمَه كفَّارَةُ ظِهارٍ ؛ لأنَّ التَّحريمَ ظِهارٌ . والأوَّلُ هو الصَّحِيحُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

٨/٨٠ظ

فصل : ويصِحُّ الظِّهارُ مُؤَقَّتًا ، مِثْلَ أنْ يقولَ : أنتِ علىَّ كظَهْرِ أُمِّى شهرًا ، أو حتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رمضانَ . فإذا مَضَى الوقتُ زالَ الظِّهارُ ، وحلَّتِ المرأةُ[50] بلا كفَّارةٍ ، ولا يكونُ عائدًا إلَّا[48] بالوطءِ فى المُدَّةِ . وهذا قولُ ابنِ عبَّاسٍ ، وعَطاءٍ ، وقَتادةَ ، والثَّوْرِىِّ ، وإسْحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأَحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . وقولُه الآخَرُ : لا يكونُ

---

(٤٤) سورة المجادلة ٣ .

(٤٥) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٤٦) فى ا : « كان » .

(٤٧) أورده السيوطى ، فى الدر المنثور ٦/٢٤٠ .

(٤٨) سقط من : م .

(٤٩) سورة التحريم ١ ، ٢ .

(٥٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

ظهارًا . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، واللَّيْثُ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بلفظِ الظِّهارِ مُطْلَقًا ، وهذا لم يُطْلِقْ ، فأشْبَهَ ما لو شَبَّهَها بِمَنْ تَحْرُمُ عليه فى وَقْتٍ دُونَ وقتٍ . وقال طاوُسٌ : إذا ظاهَرَ فى وَقْتٍ ، فعليه الكفَّارةُ ، وإنْ بَرَّ . وقال مالِكٌ : يَسْقُطُ التَّأْقِيتُ ، ويكونُ ظهارًا[٥١] مُطْلَقًا ؛ لأنَّ هذا لَفْظٌ يُوجِبُ تَحْرِيمَ الزَّوْجَةِ ، فإذا وَقَّتَه لم يَتَوَقَّتْ كالطَّلاقِ . ولَنا ، حديثُ سَلَمَةَ بنِ صَخْرٍ ، وقوله : ظاهَرْتُ[٥٢] مِن[٥٣] امْرَأَتِى حتَّى يَنْسَلِخَ شهرُ رَمضانَ . وأخْبَرَ النَّبِىَّ ﷺ أنَّه أصابَها فى الشَّهْرِ ، فأَمَرَه بالكفَّارةِ . ولم يَعْتَبِرْ عليه تَقْيِيدَه ، ولأنَّه مَنَعَ نَفْسَه منها بيَمينٍ لها كفَّارةٌ ، فَصَحَّ مُؤَقَّتًا كالإِيلاءِ ، وفارَقَ الطَّلاقَ ؛ فإنَّه يُزِيلُ المِلْكَ ، وهو[٥٤] يُوقِعُ تَحْرِيمًا يَرْفَعُه التَّكْفِيرُ ، فجازَ تَأْقِيتُه . ولا يصِحُّ قَوْلُ مَنْ أوجَبَ الكفَّارةَ وإنْ بَرَّ ؛ لأنَّ اللهَ تَعالى إنَّما أوْجَبَ الكفَّارةَ على الذين يَعُودُونَ لِمَا قالُوا ، ومَنْ بَرَّ وتَرَكَ العَوْدَ فى الوَقْتِ الذى ظاهَرَ فلم يَعُدْ لِمَا قالَ ، فلا تَجِبُ عليه كفَّارةٌ . وفارَقَ التَّشْبِيهَ بِمَنْ لا تَحْرُمُ عليه على التَّأْبِيدِ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَها غيرُ كاملٍ ، وهذه حَرَّمَها[٥٥] فى هذه المُدَّةِ تَحْرِيمًا مُشَبَّهًا بتَحْرِيمِ ظَهْرِ أُمِّه . على أنَّنا نَمْنَعُ الحُكْمَ فيها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يكونُ عائدًا إلَّا بالوَطْءِ فى المُدَّةِ . وهذا هو المَنْصُوصُ عن الشَّافِعِىِّ . وقال بعضُ أصحابِه : إنْ لم يُطَلِّقْها عَقِيبَ الظِّهارِ ، فهو عائدٌ عليه الكفَّارةُ[٥٦] . وقال أبو عُبَيْدٍ : إذا أَجْمَعَ على غِشْيانِها فى الوقتِ ، لَزِمَتْهُ الكفَّارةُ . وإلَّا فلا ؛ لأنَّ العَوْدَ العَزْمُ على الوَطْءِ . ولَنا ، حديثُ سَلَمَةَ بنِ صَخْرٍ ، وأنَّه لم يُوجِبْ عليه الكفَّارةَ إلَّا بالوَطْءِ ، ولأنَّها يَمِينٌ لم يَحْنَثْ فيها ، فلا يَلْزَمُه / كفَّارَتُها ، كاليَمِينِ باللهِ تعالى ، ولأنَّ المُظاهِرَ فى وَقْتٍ ، عازمٌ على إمْساكِ زَوْجَتِه فى ذلك الوقتِ ، فمَنْ أوْجَبَ عليه الكفَّارةَ بذلك ، كان قَوْلُه كقولِ

٨/٨١و

---

(٥١) فى ا ، ب : « مظاهرا » .

(٥٢) فى ب ، م : « تظاهرت » .

(٥٣) سقط من : ب .

(٥٤) فى الأصل : « وهذا » .

(٥٥) فى ب : « تحريمها » .

(٥٦) فى ا ، م : « بالكفارة » .

طاوسٍ ، فلا مَعْنَى لِقَوْلِه : يَصِحُّ الظِّهارُ مُؤَقَّتًا ؛ لِعَدَمِ تَأْثِيرِ التَّأْقِيتِ[٥٧] .

فصل : ويصحُّ تَعْلِيقُ الظِّهارِ بالشُّرُوطِ ، نحو أنْ يقولَ : إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ ، فأنتِ علىَّ كظَهْرِ أُمِّى ، [٥٨] وإنْ شاءَ زَيْدٌ ، فأنتِ علىَّ كظهرِ أمِّى [٥٨] . فَمَتَى شاءَ زيدٌ أو دَخَلَتِ الدَّارَ ، صارَ مُظاهِرًا ، وإلَّا فلا . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه يَمِينٌ ، فجازَ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ كالإِيلاءِ ، ولأنَّ أَصْلَ الظِّهارِ أنَّه كان طَلاقًا ، والطَّلاقُ يصحُّ تعليقُه بالشَّرْطِ[٥٩] ، فكذلك الظِّهارُ ، ولأنَّه قَوْلٌ تَحْرُمُ به الزَّوجةُ ، فَصَحَّ تعليقُه على شَرْطٍ كالطَّلاقِ . ولو قال لامرأتِه : إن تظاهَرْتُ مِن امرأتِى الأُخْرَى ، فأنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى . ثمَّ تَظاهَرَ مِن الأُخْرَى ، صارَ مُظاهِرًا منهما جميعًا . وإنْ قال : إنْ تَظاهَرْتُ مِن فلانة الأَجْنبِيَّةِ ، فأنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى . ثمَّ قال للأجْنبيَّةِ : أنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى . صارَ مُظاهرًا من امرأتِه ، عندَ مَنْ يَرَى الظِّهارَ مِن الأَجْنَبِيَّةِ ، ومَنْ لا فَلا . وسَنَذْكُرُ ذلك [٦٠] فى مَوْضِعِه [٦٠] ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : فإنْ قال : أنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى ، إنْ شاءَ اللهُ . لم يَنْعَقِدْ ظِهارُه . نصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إذا قال لامرأتِه : عليه كظَهْرِ أُمِّه إنْ شاءَ اللهُ ، فليس عليه شىءٌ ، هى[٦١] يَمِينٌ . وإذا قال : ما أحَلَّ اللهُ علىَّ حرامٌ ، إنْ شاء اللهُ . وله أهلٌ ، هى يمينٌ ، ليس عليه شىءٌ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ولا نعلمُ عن غيرِهم خِلافَهم ؛ وذلك لأنَّها يَمِينٌ مُكَفَّرَةٌ ، فصحَّ الاستثناءُ فيها ، كاليَمِينِ باللهِ تعالى ، أو كَتَحْرِيمِ مالِه . وقد قال النَّبِىُّ ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فقالَ : إنْ شاءَ اللهُ . فلا حِنْثَ عليه » . رواه التِّرْمِذِىُّ[٦٢] ، وقال : حديثٌ حسنٌ غريبٌ . وفى لفظٍ : « مَنْ

---

(٥٧) فى ا ، ب ، م : « الوقت » .

(٥٨ - ٥٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٩) فى ا : « بالشروط » .

(٦٠ - ٦٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦١) فى ا : « هو » .

(٦٢) فى : باب ما جاء فى الاستثناء فى اليمين ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٧/ ١٢ - ١٤ .

=

حَلَفَ فاسْتَثْنَى ، فإنْ شاءَ فَعَلَ ، وإن شاءَ رَجَعَ غَيْرَ حِنْثٍ » . رواه الإمامُ أحمدُ ، وأبو دَاوُدَ ، والنَّسائِيُّ (٦٣) . وإن قال : أنتِ علىَّ حرامٌ ، وَوَاللهِ لا أُكَلِّمُكِ إنْ شاءَ اللهُ . عادَ الاستِثْناءُ إليْهما ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ إذا تَعقَّبَ جُمَلًا ، عادَ إلى جَمِيعِها ، إلَّا أنْ يَنْوِىَ الاستثناءَ فى بَعْضِها ، فيعودَ إليه وحدَه . وإنْ قال : أنتِ علىَّ حرامٌ إذا شاءَ اللهُ ، أو إلَّا ما شاءَ اللهُ ، أو إلى أنْ يشاءَ اللهُ ، أو ما شاءَ اللهُ . فكُلُّه استثناءٌ يَرْفَعُ حُكْمَ الظِّهارِ . وإن قال : إن شاءَ اللهُ فأنتِ حرامٌ . فهو استثناءٌ يَرْفَعُ حُكْمَ الظِّهارِ ؛ / لأنَّ الشَّرطَ إذا تَقَدَّمَ يُجَابُ بالفاءِ . وإن قال : إن شاءَ اللهُ أنتِ حرامٌ . فهو استثناءٌ ؛ لأنَّ الفاءَ مُقَدَّرَةٌ . وإن قال : إن شاء اللهُ فأنتِ حرامٌ . صحَّ أيضًا ، والفاءُ زائِدَةٌ . وإن قال : أنتِ حرامٌ إنْ شاءَ اللهُ ، وشاءَ زَيْدٌ . فشاءَ زيدٌ ، لم يَصِرْ مُظاهِرًا (٦٤) ؛ لأنَّه عَلَّقَه على مَشِيئَتَيْنِ ، فلا يَحْصُلُ بإحْداهما (٦٥) .

٨/٨١ظ

١٣١٠ – مسألة ، قال : (فَإِنْ مَاتَ ، أَوْ مَاتَتْ ، أَوْ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَلْزَمْهُ الكَفَّارَةُ . فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَها ، لَمْ يَطَأْهَا حَتَّى يُكَفِّرَ ؛ لِأَنَّ الحِنْثَ بِالعَوْدِ ، وَهُوَ الوَطْءُ ؛ لأنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ أَوْجَبَ الكَفَّارَةَ عَلَى المُظَاهِرِ قَبْلَ الحِنْثِ)

الكلامُ فى هذه المسائلِ (١) فى ثلاثةِ فُصولٍ :

أحدُها : أنَّ الكفَّارَةَ لا تَجِبُ بِمُجَرَّدِ الظِّهارِ ، فلو مات أحدُهما أو فارَقَها قَبْلَ

= كما أخرجه النسائى ، فى : باب الاستثناء ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٢٣/٧ ، ٢٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٩/٢ .

(٦٣) أخرجه الإمام أحمد فى : المسند ٦/٢ ، ١٠ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٦٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٥٣ . وأخرجه أبو داود ، فى : باب الاستثناء فى اليمين ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبى داود ٢٠٢/٢ . وأخرجه النسائى ، فى : باب من حلف فاستثنى ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ١٢/٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى باب الاستثناء فى اليمين ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ٦٨٠/١ . والدارمى ، فى : باب فى الاستثناء فى اليمين ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن الدارمى ١٨٥/٢ .

(٦٤) فى ب ، م : « ظاهرا » .

(٦٥) فى م : « بإحديهما » .

(١) فى م : « المسألة » .

العَوْدِ ، فلا كفَّارَة عليه . وهذا قولُ عَطاءٍ ، والنَّخَعِىِّ ، والأَوْزَاعِىِّ ، والحسنِ ، والثَّوْرِىِّ ، ومَالِكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وقال طاوُسٌ ، ومُجَاهِدٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادَةُ : عليه الكفَّارَةُ بمُجَرَّدِ الظِّهارِ ؛ لأنَّه سَبَبٌ للكفَّارَةِ[2] ، وقد وُجِدَ ، ولأنَّ الكفَّارةَ وَجبَتْ لِقَوْلِ المُنْكَرِ والزُّورِ ، وهذا يَحْصُلُ بمُجَرَّدِ الظِّهارِ . وقال الشَّافِعِىُّ : متى أمْسَكَها بعدَ ظِهارِهِ زَمَنًا يُمْكِنُه طَلاقُها فيه ، فلم يُطَلِّقْها ، فعليه الكفَّارَةُ . لأنَّ ذلك هو العَوْدُ عندَه . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[3] . فأَوْجَبَ الكفَّارَةَ بأمْرَيْنِ ، ظِهارٍ وعَوْدٍ ، فلا تَثْبُتُ بأحدِهما ، ولأنَّ الكفَّارَةَ فى الظِّهارِ كفَّارَةُ يَمِينٍ ، فلا يَحْنَثُ بغَيْرِ الحِنْثِ ، كسائِرِ الأيمانِ ، والحِنْثُ فِيها هو العَوْدُ ، وذلك فِعْلُ ما حَلَفَ على تَرْكِهِ ، وهو الجِماعُ ، وتَرْكُ طلاقِها ليس بحِنْثٍ فيها ، ولا فِعْلٍ لما حَلَفَ على تَرْكِه ، فلا تَجبُ به الكفَّارةُ ، ولأنَّه لو كان الإمْساكُ عَوْدًا ، لوَجَبَتِ الكفَّارةُ على المُظاهِرِ المُوقَّتِ[4] وإنْ بَرَّ . وقد نصَّ الشَّافِعِىُّ على أنَّها لا تَجِبُ عليه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا كفَّارةَ عليه إذا ماتَ أحدُهما قبلَ وَطْئِها . وكذلك إنْ فارَقَها ، سواءٌ كان ذلك مُتَراخِيًا عنْ يَمِينِهِ ، أو عَقِيبَه . وأيُّهما مَاتَ وَرِثَه صَاحِبُه ، فى قولِ الجُمْهُورِ . وقال قَتَادَةُ : إنْ مَاتَتْ، لم يَرِثْها حتى يُكَفِّرَ . ولنا ، أنَّ مَنْ وَرِثَها إذا كفَّرَ وَرِثَها وإنْ لَمْ يُكَفِّرْ ، كالمُولِى منها .

الفصل الثَّانِى : أنَّه إذا طَلَّقَ مَنْ ظاهَرَ منها ، ثُمَّ تَزَوَّجَها ، لم يَحِلَّ له وَطْؤُها حتَّى يُكَفِّرَ . سواءٌ كان الطَّلاقُ ثلاثًا ، أو أقلَّ منه . وسواءٌ رَجَعَتْ إليه[5] بعدَ زَوْجٍ آخَرَ ، أو قَبْلَه . نصَّ عليه أحمدُ . وهو قَوْلُ / عطاءٍ ، والحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، ومالِكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ . وقال قَتَادَةُ : إذا بانَتْ ، سَقَطَ الظِّهارُ ، فإذا عادَ فنَكَحَها[6] ، فلا كفَّارَةَ

٨٢/٨و

(٢) فى ب : « الكفارة » .

(٣) سورة المجادلة ٣ .

(٤) فى الأصل ، ب ، م : « الموقف » .

(٥) فى الأصل : « عليه » .

(٦) فى م : « فنكاحها » .

عليه . وللشَّافِعِيِّ قولانِ كالمذهبَيْنِ ، وقولٌ ثالِثٌ ، إنْ كانتِ البَيْنُونَةُ بالثَّلاثِ ، لم يَعُدِ الظِّهارُ ، وإلَّا عادَ . وبَناه على الأقَاوِيلِ فى عَوْدِ صِفَةِ الطَّلاقِ فى النِّكاحِ الثَّانى . ولنا ، عُمومُ قَوْلِ اللهِ تَعالَى : ﴿ والَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أنْ يَتَمَاسَّا ﴾ . وهذا قد ظاهَرَ مِن امرأتِه ، فلا يَحِلُّ أنْ يتماسَّا حتَّى يُكَفِّرَ ، ولأنَّه[7] ظاهَرَ مِن امرأتِه ، فلا يَحِلُّ له مَسُّها قبلَ التَّكْفِيرِ ، كالتى لم يُطَلِّقْها ، ولأنَّ الظِّهارَ يمينٌ مُكَفَّرَةٌ ، فلم يَبْطُلْ حُكْمُها بالطَّلاقِ ، كالإيلاءِ .

الفصل الثَّالثُ : أنَّ العَوْدَ هو الوَطْءُ ، فمتى وَطِئَ لَزِمَتْه الكفَّارَةُ ، ولا تَجِبُ قبلَ ذلك ، إلَّا أنَّها شَرْطٌ لحِلِّ الوَطْءِ ، فيُؤْمَرُ بها مَنْ أرادَه لِيَسْتَحِلَّه بها ، كما يُؤْمَرُ بعَقْدِ النِّكاحِ مَنْ أراد حِلَّ المَرْأةِ . وحُكِيَ نَحوُ ذلك عنِ الحسنِ ، والزُّهْرِيِّ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ . إلَّا أنَّه لا يُوجِبُ الكفَّارَةَ على مَنْ وَطِئَ ، وهى عندَه فى حقِّ مَنْ وَطِئَ كَمَنْ لا يَطَأُ . وقال القاضى وأصحابُه : العَوْدُ العَزْمُ على الوَطْءِ . إلَّا أنَّهم لم يُوجِبُوا الكفَّارَةَ على العازِمِ على الوَطْءِ ، إذا ماتَ أحَدُهما أو طَلَّقَ قبلَ الوَطْءِ ، إلَّا أبا الخطَّابِ ، فإنَّه قال : إذا ماتَ بَعْدَ العَزْمِ ، أو طَلَّقَ ، فعليه الكفَّارةُ . وهذا قَوْلُ مالِكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ . وقد أنْكَرَ أحمدُ هذا ، فقال : مالِكٌ يقولُ : إذا أجْمَعَ لَزِمَتْه الكفَّارةُ . فكيف يكونُ هذا ! إذا[8] طَلَّقَها بَعْدَ ما يُجْمِعُ كان عليه كفَّارةٌ ! إلَّا أنْ يكونَ يَذْهَبُ إلى قَوْلِ طاوُسٍ : إذا تَكلَّمَ بالظِّهارِ لَزِمَه مِثْلُ الطَّلاقِ . ولم يُعْجِبْ أحمدَ قَوْلُ طاوُسٍ . وقال أحمدُ ، فى قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ ﴾ . قال : العَوْدُ[9] الغِشْيانُ ، إذا أرادَ أنْ يَغْشَى كَفَّرَ . واحْتَجَّ مَنْ ذَهَبَ إلى هذا بقولِه تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾ . فأوْجَبَ الكفَّارَةَ بعدَ العَوْدِ قبلَ التَّماسِّ ، وما يَحْرُمُ[10] قبلَ الكفَّارةِ ، لا يجوزُ كونُه مُتقدِّمًا عليها ، ولأنَّه قَصَدَ بالظِّهارِ تحريمَها ، فالعَزْمُ على وَطْئِها عَوْدٌ فيما قَصَدَه[11] ،

---

(7) فى الأصل زيادة : « قد » .

(8) فى ا ، م : « لو » . وفى ب : « أو » .

(9) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(10) فى م : « حرم » .

(11) فى ا ، ب ، م : « قصد » .

ولأنَّ الظِّهارَ تَحْرِيمٌ ، فإذا أرادَ اسْتِباحَتَها ، فقد رَجَعَ فى ذلك التَّحْرِيمِ ، فكان عائِدًا .

وقال الشَّافِعِىُّ : العَوْدُ إمساكُها بعدَ ظِهارِهِ زَمَنًا يُمْكِنُه طَلاقُهَا فيه ؛ لأنَّ ظِهارَه منها يَقْتَضِى إبانَتَها ، فإمْساكُها عَوْدٌ فيما قال . وقال دَاوُدُ : العَوْدُ ، تَكْرارُ الظِّهارِ مَرَّةً ثانِيةً ؛ لأنَّ العَوْدَ فى الشَّىءِ إعادتُه . ولَنا ، أن العَوْدَ فِعْلٌ ضِدُّ قَوْلِه ، ومنه العائِدُ فى هِبَتِه ، هو / الرَّاجِعُ فى المَوْهُوبِ ، والعائِدُ فى عِدَتِهِ ، التَّارِكُ للوَفاءِ بما وَعَدَ ، والعائِدُ فيما نُهِى عنه فاعِلُ المَنْهِىِّ عنه . قال اللهُ تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ ﴾ . فالمُظاهِرُ مُحَرِّمٌ للوَطْءِ على نَفْسِهِ ، ومانِعٌ لها منه ، فالعَوْدُ فِعْلُه . وقولُهم : إنَّ العَوْدَ يَتَقَدَّمُ التَّكْفِيرَ ، والوَطْءَ يَتَأَخَّرُ عنه . قلنا : المُرادُ بقولِه : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ . أى يُرِيدُونَ العَوْدَ ، كقَوْلِ اللهِ تَعالَى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَاةِ ﴾[12] . أىْ ، أرَدْتُمْ ذلك . وقولُه تعالَى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ ﴾[13] . فإنْ قيل : فهذا تأْوِيلٌ ، ثم هو رُجُوعٌ إلى إيجابِ الكفَّارَةِ بالعَزْمِ المُجَرَّدِ . قُلْنا : دليلُ التَّأْوِيلِ ، ما ذَكَرْنا . والآمِرُ[14] بالكفَّارةِ عِنْدَ العَزْمِ فإنَّما أَمَرَ بها شَرْطًا للحِلِّ ، كالأمْرِ بالطَّهارَةِ لمَنْ أرادَ صَلاةَ النَّافِلَةِ ، والأمْرِ بالنِّيَّةِ لِمَنْ أرادَ الصِّيامَ . فأمَّا الإمساكُ فليس بعَوْدٍ ؛ لأنَّه ليس بعَوْدٍ فى الظِّهارِ المُؤَقَّتِ ، فكذلك فى المُطْلَقِ ، ولأنَّ العَوْدَ فِعْلُ ضِدِّ ما قالَه ، والإمساكُ ليس بضِدٍّ له ، وقولُهم : إنَّ الظِّهارَ يَقْتَضِى إبانَتَها . لا يَصِحُّ ، وإنَّما يَقْتَضِى تَحْرِيمَها واجْتِنابَها ، ولذلك صَحَّ تَوْقِيتُه ، ولأنَّه قال : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ ﴾ . وثم للتَّراخِى ، والإمساكُ غيرُ مُتَراخٍ . وأمَّا قَوْلُ دَاوُدَ فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ أَمَرَ أوْسًا وسلَمَةَ بنَ صَخْرٍ بالكفَّارةِ مِن غيرِ إعادةِ اللَّفْظِ ، ولأنَّ العَوْدَ إنما هو فى مَقُولِه دَونَ قَوْلِه ، كالعَوْدِ فى الهِبَةِ والعِدَةِ ، والعَوْدِ لِمَا نُهِى عنه ، ويدلُّ على إبطالِ هذه الأقْوالِ كُلِّها أنَّ الظِّهارَ يَمِينٌ مُكَفَّرةٌ ، فلا تَجِبُ الكفَّارةُ إلَّا بالحِنْثِ فيها ، وهو فِعْلُ ما حَلَفَ على تَرْكِهِ كسائِرِ

٨٢/٨ ظ

---

(١٢) سورة المائدة ٦ .

(١٣) سورة النحل ٩٨ .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « وأما الأمر » .

الأيمانِ ، وتَجِبُ الكفَّارةُ بذلك كسائِرِ الأيمانِ ، ولأنَّها يَمِينٌ تَقْتَضِى تَرْكَ الوَطْءِ ، فلا تَجِبُ كفَّارتُها إلَّا به ، كالإِيلاءِ .

١٣١١ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي . لَمْ يَطَأْهَا إنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يَأْتِيَ بالكَفَّارَةِ)

وجُملته ، أنَّ الظِّهارَ مِن الأجْنَبِيَّةِ يَصِحُّ ، سواءٌ قال ذلك لامرأةٍ بعَيْنِها ، أو قال : كلُّ النِّساءِ عليَّ كظَهْرِ أُمِّى . وسواءٌ أوْقَعَه مُطْلَقًا ، أو عَلَّقَه على التَّزويج ، فقال : كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها ، فهى علىَّ كظَهْرِ أُمِّى . ومتى تَزَوَّجَ التى ظاهَرَ منها ، لَمْ يَطأْها حَتَّى يُكَفِّرَ . يُرْوَى[1] نحوُ هذا عن عمرَ بنِ الخطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعُرْوَةُ ، وعَطاءٌ ، والحسنُ ، ومالِكٌ ، وإسْحاقُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَثْبُتَ حُكْمُ الظِّهارِ قبلَ التَّزويجِ . وهو قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وأبى حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِيِّ . ويُرْوَى ذلك عن ابنِ عبَّاسٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ والَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ﴾[2] . /والأجْنَبِيَّةُ ليستْ مِن نسائِه ، ولأنَّ الظِّهارَ يَمِينٌ وَرَدَ الشَّرْعُ بحُكْمِها مُقَيَّدًا بِنسائِه ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُها فى الأجْنبيَّةِ ، كالإِيلاءِ ؛ فإنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ . كما قال : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ﴾[3] . ولأنَّها ليستْ بزَوْجةٍ[4] ، فلم يَصِحَّ الظِّهارُ منها ، كأَمَتِه ، ولأنَّه حَرَّمَ مُحَرَّمَةً ، فَلَمْ يَلْزَمْه شىءٌ ، كما لو قال : أنتِ حرامٌ . ولأنَّه نَوْعُ تَحْرِيمٍ ، فلم يَتَقَدَّمِ النِّكاحَ ، كالطَّلاقِ . ولنا ، ما رَوَى الإمامُ أحمدُ بإسنادِه عن عُمَرَ بنِ الخطَّابِ ، أنَّه قال فى رجلٍ قال : إنْ تَزَوَّجْتُ فلانة ، فهى علىَّ كَظَهْرِ أُمِّى . فتَزَوَّجَها . قال : عليه كَفَّارَةُ الظِّهارِ[5] . ولأنَّها يَمِينٌ مُكَفَّرةٌ ، فصَحَّ

٨٣/٨و

---

(١) فى ب : « روى » .

(٢) سورة المجادلة ٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٤) فى ب : « زوجة » .

(٥) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ظهار الحر ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٥٩ . وليس فى المسند . انظر الإرواء ٧/١٧٦ .

انْعِقادُها قبلَ النِّكاحِ ، كاليمينِ باللهِ تعالى . أمَّا الآيةُ ، فإنَّ التَّخْصِيصَ خَرَجَ مَخْرَجَ الغالِبِ ؛ فإنَّ الغالِبَ أنَّ الإنسانَ إنَّما يُظاهِرُ مِن نِسائِه ، فلا يُوجِبُ تَخْصِيصَ الحُكْمِ بهنَّ ، كما أنَّ تَخْصِيصَ الرَّبِيبَةِ التى فى حِجْرِه بالذِّكْرِ ، لم يُوجِبِ اخْتِصاصَها بالتَّحْرِيمِ ، وأمَّا الإيلاءُ ، فإنَّما اخْتَصَّ حُكْمُه بِنسائِه ؛ لكَوْنِه يَقْصِدُ الإضْرارَ بِهِنَّ دونَ غيرِهنَّ ، والكفَّارةُ وَجبتْ هٰهُنا لِقَوْلِ المُنْكَرِ والزُّورِ ، ولا يَخْتَصُّ[٦] ذلك بِنسائِه ، ويفارِقُ الظِّهارُ الطَّلاقَ مِن وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، أنَّ الطَّلاقَ حَلُّ قَيْدِ النكاحِ ، ولا يُمْكِنُ حَلُّه قَبْلَ عَقْدِه ، والظِّهارُ تَحْرِيمٌ للوَطْءِ ، فيجوزُ تَقْدِيمُه على العَقْدِ كالحَيْضِ . الثانى ، أنَّ الطَّلاقَ يَرْفَعُ العَقْدَ ، فلم يَجُزْ أنْ يَسْبِقَه ، وهذا لا يَرْفَعُه ، وإنَّما تَتَعَلَّقُ[٧] الإباحةُ على شَرْطٍ ، فَجازَ تَقَدُّمُه . وأمَّا الظِّهارُ من الأمَةِ ، فقدِ انْعَقَدَ يَمِينًا وَجَبَتْ به الكفَّارةُ ، ولم تَجِبْ به[٨] كفَّارةُ الظِّهارِ ؛ لأنَّها ليستِ امْرَأةً له حالَ التَّكْفِيرِ ، بخلافِ مَسْألَتِنا .

فصل : وإذا قال : كُلُّ امرأةٍ أتَزَوَّجُها ، فهى علىَّ كظَهْرِ أُمِّى . ثمَّ تَزَوَّجَ نِساءً ، وأرادَ العَوْدَ ، فعليه كفَّارةٌ واحدةٌ ، سواءٌ تَزَوَّجَهُنَّ فى عَقْدٍ واحدٍ[٨] أو فى عُقُودٍ مُتفرِّقةٍ . نصَّ عليه أحمدُ . وهو قَوْلُ عُرْوَةَ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّها يَمِينٌ واحدٌ ، فكفَّارَتُها واحدةٌ . كما لو ظاهَرَ مِنْ أرْبَعِ نساءٍ بكَلِمةٍ واحدةٍ . وعنه ، أنَّ لِكُلِّ عَقْدٍ كفَّارةً ؛ فلو تَزَوَّجَ اثْنَتَيْنِ فى عَقْدٍ ، وأرادَ العَوْدَ فعليه [٩]كَفَّارةٌ واحدةٌ ، ثمَّ إذا تَزَوَّجَ أُخْرَى ، وأرادَ العَوْدَ ، فعليه[٩] كفَّارةٌ أُخْرَى . ورُوِىَ ذلك عن إسْحاقَ ؛ لأنَّ المرأةَ الثَّالِثةَ وُجِدَ العَقْدُ عليها الذى يَثْبُتُ به الظِّهارُ ، وأرادَ العَوْدَ إليها بعدَ التَّكْفِيرِ عن الأُولَيَيْنِ ، فكانَتْ عليه لها / كفَّارةٌ ، كما لو ظاهَرَ منها ابتداءً . ولو قال لأجْنَبِيَّةٍ : أنتِ علىَّ كظَهْرِ أُمِّى . وقال : أرَدْتُ أنَّها مِثْلُها فى التَّحْرِيمِ فى الحالِ . دِينَ فى ذلك . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ،

٨٣/٨ ظ

---

(٦) فى ا ، م : « يخص » .

(٧) فى الأصل ، ا ، ب : « تعلق » .

(٨) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه صَرِيحٌ للظِّهارِ ، فلا يُقبَلُ صَرْفُه إلَى غَيْرِه . والثانى : يُقْبَلُ ؛ لأنها حَرامٌ عليه ، كما أنَّ أُمَّه حرامٌ عليه .

١٣١٢ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . وأَرَادَ فِي تِلْكَ الحالِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وإنْ تَزَوَّجَها ؛ لأنَّه صَادِقٌ . وإن أَرَادَ فِي كُلِّ حَالٍ ، لَمْ يَطَأْهَا إنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِكَفَّارَةِ الظِّهَارِ**)

أَمَّا إذا أرادَ بِقَوْلِه لها : أنتِ علىَّ حَرامٌ . الإِخْبارَ عَنْ حُرْمَتِها فى الحالِ ، فلا شَيْءَ عليه ؛ لأنَّه صادِقٌ ؛ لكَوْنِه وَصَفَها بِصِفَتِها ، ولم يَقُلْ مُنْكَرًا ولا زُورًا . وكذلك لو أطْلَقَ هذا القَوْلَ ، ولم يكُنْ له نِيَّةٌ ، فلا شيءَ عليه لِذلك . وإنْ أرادَ تَحْرِيمَها فى كلِّ حالٍ ، فهو ظِهارٌ ؛ لأنَّ لَفْظَةَ الحرامِ ، إذا أُرِيدَ بها الظِّهارُ ، ظِهارٌ فى الزَّوجةِ[1] ، فكذلك فى الأَجْنَبِيَّةِ ، فَصارَ كَقَوْلِه : أنتِ علىَّ كظَهْرِ أُمِّى .

١٣١٣ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْ زَوْجَتِه ، وَهِيَ أَمَةٌ ، فَلَمْ يُكَفِّرْ حَتَّى مَلَكَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَلَمْ يَطَأْهَا حَتَّى يُكَفِّرَ**)

وجملتُه أنَّ الظِّهارَ يَصِحُّ مِن كُلِّ زَوْجةٍ ، أمَةً كانَتْ أو حُرَّةً . فإذا ظاهَرَ مِنْ زَوْجَتِه الأمَةِ ، ثم مَلَكَها ، انْفَسَخَ النِّكاحُ . واخْتلفَ أصحابُنا فى بَقاءِ حُكْمِ الظِّهارِ ؛ فذكَرَ الْخِرَقِىُّ هٰهُنا أنَّه باقٍ ، ولا يَحِلُّ له الوَطْءُ حتَّى يُكَفِّرَ . وبه يقولُ مالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ونصَّ عليه الشَّافِعِىُّ . وقال القاضى : المذهبُ ما ذكَر الْخِرَقِىُّ . وهو قَوْلُ أبى عبدِ اللهِ ابنِ حامِدٍ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾[1] . وهذا قد[2] ظاهَرَ مِن امْرأتِه ، فَلَمْ يَحِلَّ له

---

(١) فى ب : « الزوجية » .

(١) سورة المجادلة ٣ .

(٢) سقط من : ا .

مَسُّها حَتَّى يُكَفِّرَ ، ولأنَّ الظِّهارَ قَدْ صَحَّ فِيها ، وحُكْمُه لا يَسْقُطُ بالطَّلاقِ المُزِيلِ للمِلْكِ والحِلِّ ، فَبِمِلْكِ اليَمِينِ أوْلَى ، ولأنَّها يَمِينٌ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لكفَّارةٍ ، فَوَجَبَتْ دون غَيرِها ، كسائِرِ الأيمانِ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ : يَسقُطُ الظِّهارُ بِمِلْكِه لها ، وإنْ وَطِئَها حَنِثَ ، وعليه كفَّارةُ يَمِينٍ ، كما لو تَظاهَرَ منها ، وهى أَمَتُه ؛ [٣]لأنَّها خَرَجتْ عن الزَّوْجاتِ ، وصارَ وَطْؤُه لها بِمِلْكِ اليَمِينِ ، فلم يكُنْ مُوجِبًا لكفَّارةِ الظِّهارِ ، كما لو تظاهَرَ منها وهى أَمَتُه[٣] . / ويَقْتَضِى قولُ أبى بَكْرٍ هذا أنْ تُباحَ قبلَ التَّكْفِيرِ ؛ لأنَّه أسْقَطَ الظِّهارَ ، وجَعَلَه يمينًا ، كتَحْرِيمِ أمَتِه . فإنْ أعْتَقَها عن كفَّارتِه ، صَحَّ على القَوْلَيْنِ . فإنْ تَزَوَّجَها بعدَ ذلك ، حَلَّتْ له بغيرِ كفَّارةٍ ؛ لأنَّه كَفَّرَ عن ظِهارِهِ بإعْتاقِها ، ولا يَمْتَنِعُ إجْزَاؤُها عن الكفَّارةِ التى وَجَبَتْ بِسَبَبِها ، كما لو قال : إنْ مَلَكْتُ أمَةً ، فلِلَّهِ علىَّ عِتْقُ رَقَبةٍ . فَمَلَكَ أمَةً ، فأعْتَقَها . وإنْ أعْتَقَها عن غيرِ الكفَّارةِ ، ثم تَزَوَّجَها ، عادَ حُكْمُ الظِّهارِ ، ولم تَحِلَّ له حتَّى يُكَفِّرَ .

٨/٨٤و

١٣١٤ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسَائِه بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَكثَرُ مِنْ كَفَّارَةٍ**[١])

وجملتُه أنَّه إذا ظاهَرَ[٢] مِن نِسائِه الأرْبَعِ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ ، فقال : أنْتُنَّ عَلَىَّ كَظَهْرِ أُمِّى . فليس عليه أكْثَرُ من كفَّارةٍ . بغيرِ خِلافٍ فى المذهبِ . وهو قَوْلُ علىٍّ ، وعُمَرَ ، وعُرْوَةَ ، وطَاوُسٍ ، وعَطاءٍ ، ورَبِيعَةَ ، ومالِكٍ ، والأوْزَاعِىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، والشَّافِعِىِّ فى القَدِيمِ . وقال الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، ويحيى الأنْصارِىُّ ، والحَكَمُ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، والشَّافِعِىُّ فى الجديدِ : عليه لِكُلِّ امرأةٍ كفَّارَةٌ ؛

(٣ – ٣) سقط من : ب . نقل نظر .

(١) فى ا زيادة : « واحدة » .

(٢) فى ا : « تظاهر » .

لأنَّه وُجِدَ[3] الظِّهارُ والعَوْدُ فى حَقِّ[4] كُلِّ امرأةٍ منهنَّ ، فوَجَبَ عليه عن كُلِّ واحدَةٍ[5] كفَّارةٌ ، كما لو أفْرَدَها به . ولَنا ، عُمُومُ[6] قَوْلِ عمرَ وعلىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهُما ، رَواه عنهما الأثْرَمُ[7] ، ولا نَعْرِفُ لهما فى الصَّحابةِ مُخالِفًا ، فكان إجماعًا ، ولأنَّ الظِّهارَ كَلِمَةٌ تَجِبُ بمخالفتِها الكفَّارةُ ، فإذا وُجِدَتْ فى جماعةٍ أوْجَبَتْ كفَّارةً واحدةً ، كاليَمينِ باللهِ تعالى . وفارَقَ ما إذا ظاهَرَ[8] بكلماتٍ ؛ فإنَّ كُلَّ كَلِمَةٍ تَقْتَضِى كفَّارةً تَرْفَعُها ، وتُكَفِّرُ إثْمَها . وهٰهُنا الكَلِمَةُ واحدةٌ ، فالكفَّارةُ الواحدةُ تَرْفَعُ حُكْمَها ، وتَمْحُو إثْمَها ، فلا يَبْقَى لها حُكْمٌ .

فصل : ومَفْهُومُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه إذا ظاهَرَ مِنْهُنَّ بكَلِماتٍ ، فقال لِكُلِّ واحدةٍ : أنتِ علىَّ كَظَهْرِ أُمِّى . فإنَّ لِكُلِّ يمينٍ كفَّارةً . وهذا قَوْلُ عُرْوَةَ ، وعَطاءٍ . قال أبو عَبْدِ اللهِ ابنُ حامِدٍ : المذهبُ روايةٌ واحدةٌ فى هذا . قال القاضى : المَذْهَبُ عندى ما ذَكَرَ الشيخُ أبو عبدِ اللهِ . وقال[9] أبو بَكرٍ : فيه روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يُجْزِئُه كَفَّارةٌ واحِـدَةٌ . واخْتار ذلك ، وقال : هذا الذى قُلْناه اتِّباعًا لِعمرَ بنِ الخطَّابِ ، والحَسَنِ ، وعَطاءٍ ، وإبراهيمَ ، ورَبِيعَةَ ، وقَبِيصَةَ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّ كفَّارةَ الظِّهارِ / حقٌّ للهِ تعالى ، فلم تَتَكَرَّرْ بتَكَرُّرِ سَبَبِها ، كالحَدِّ ، وعليه يُخَرَّجُ الطَّلاقُ . ولنا ، أنَّها أيْمانٌ مُتَكَرِّرةٌ على أعْيانٍ مُتَفرِّقةٍ ، فكانَ لِكُلِّ واحدةٍ كفَّارةٌ ، كما لو كفَّر ثم ظاهَرَ ، ولأنَّها أيْمانٌ لا يَحْنَثُ فى

٨٤/٨ ظ

---

(٣) فى ا ، م : « وجب » .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥) فى ا : « امرأة » .
(٦) سقط من : ا ، ب .
(٧) وأخرج قول عمر الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣١٩/٣ . والبيهقى ، فى : باب الرجل يظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة ، من كتاب الظهار . السنن الكبرى ٣٨٣/٧ . وعبد الرزاق ، فى : باب المظاهر من نسائه فى قول واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٣٨/٦ ، ٤٣٩ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الظهار ، من كتاب الطلاق . السنن ١٦/٢ .
(٨) فى م زيادة : « منها » .
(٩) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

إحْداها بالحِنْثِ فى الأُخْرَى ، فلا تُكَفِّرُها كفَّارةٌ واحدةٌ ، كالأصْلِ ، ولأنَّ الظِّهارَ مَعْنًى يُوجِبُ الكفَّارَةَ ، فَتَتَعَدَّدُ الكفَّارةُ بِتَعَدُّدِه فى الْمَحالِّ المختلفةِ ، كالقَتْلِ ، ويُفارِقُ الحدَّ ، فإنَّه عُقُوبةٌ تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ . فأمَّا إنْ ظاهَرَ من زَوْجَتِه مِرارًا ولم يُكَفِّرْ ، فكفَّارةٌ واحِدةٌ ؛ لأنَّ الحِنْثَ واحدٌ ، فَوَجَبتْ[10] كفَّارَةٌ واحدةٌ ، كما لو كانتِ اليَمِينُ واحدةً .

فصل : إذا ظاهَرَ مِن امرأةٍ ، ثم قال لأُخْرَى[11] : أشْرَكْتُكِ مَعَها ، أو أنتِ شَرِيكَتُها ، أو كَهِيَ . ونَوَى المُظاهَرَةَ من الثَّانيةِ ، صارَ مُظاهِرًا منها . بغيرِ خلافٍ عَلِمْناه . وبه يقولُ مالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ . وإنْ أطْلَقَ ، صارَ مُظاهِرًا أيضًا ، إذا كان عَقِيبَ مُظاهَرَتِه مِن الأُولَى . ذكَرَه أبو بكرٍ . وبه قالَ مالِكٌ . قال أبو الخطَّابِ : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يكونَ مُظاهِرًا . وبه قال الشَّافِعِيُّ ؛ لأنَّه ليس بِصَرِيحٍ فى الظِّهارِ ، ولا نَوَى به الظِّهارَ ، فلم يَكُنْ ظِهارًا ، كما لو قال ذلك قبل أَنْ يُظاهِرَ مِن الأُولَى ، ولأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّها شَرِيكَتُها فى دِينِها ، أو فى الخُصُومَةِ ، أو فى النِّكاحِ ، أو سُوءِ الخُلُقِ ، فلم تُخَصَّصْ[12] بالظِّهارِ إلَّا بالنِّيَّةِ ، كسائِرِ الكِناياتِ . ولَنا ، أنَّ الشرْكَةَ والتَّشْبِيهَ لابُدَّ أنْ يَكونَ فى شىءٍ ، فوَجَبَ تَعْلِيقُه بالمذْكُورِ معه ، كجَوابِ السُّؤَالِ فيما إذا قِيلَ له[13] : ألكَ امرأةٌ ؟ فقال : قد طَلَّقْتُها . وكالعَطْفِ مع المَعْطُوفِ عليه ، والصِّفَةِ مع المَوْصُوفِ . وقَوْلُهم : إنَّه كِنايةٌ لم يَنْوِ بها الظِّهارَ . قُلْنا : قد وُجِدَ دليلُ النِّيَّةِ ، فيُكْتَفَى بها . وقولُهم : إنَّه يَحْتَمِلُ . قُلْنا : ما ذَكَرْنا من القَرِينَةِ يُزِيلُ الاحْتِمالَ . وإن بَقِىَ احتمالٌ مَّا ، كان مَرْجُوحًا ، فلا يُلْتَفَتُ إليه ، كالاحتمالِ فى اللَّفْظِ الصَّرِيحِ .

١٣١٥ – مسألة ؛ قال : (وَالكَفَّارَةُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ سَالِمَةٍ مِنَ العُيُوبِ المُضِرَّةِ بِالعَمَلِ)

---

(١٠) فى ا زيادة : « به » .

(١١) فى ا : « للأخرى » .

(١٢) فى الأصل : « يتخصص » .

(١٣) سقط من : ب .

في هذه المسألةِ ثلاثُ مَسائِلَ :

الأولى : أنَّ كفَّارةَ المُظاهِرِ القادِرِ على الإعْتاقِ ، عِتْقُ رَقَبةٍ ، لا يُجْزِئُه غيرُ ذلك . بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه[1] بينَ أهْلِ العِلْمِ . والأصلُ في ذلك قَوْلُ اللهِ تعالَى / : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾ إلى قوله : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾[2] . وقولُ النَّبيِّ ﷺ لأوْسِ بنِ الصَّامِتِ ، حينَ ظاهَرَ مِن امرأتِه : « يَعْتِقُ رَقَبَةً » . قُلْتُ : لا يَجِدُ . قال : « فَيَصُومُ »[3] . وقَوْلُهُ لِسَلَمَةَ بنِ صَخْرٍ مِثْلَ ذلك[3] . فَمَنْ وَجَدَ رَقَبَةً يَسْتَغْنِي عَنْها ، أو وَجَدَ ثَمَنَها فاضِلًا عن حاجَتِه ، ووَجَدَها به ، لَمْ يُجْزِئْه إلَّا الإعْتاقُ ؛ لأنَّ وُجودَ المُبْدَلِ إذا مَنَعَ الانْتِقالَ إلى البَدَلِ ، كانَتِ القُدْرَةُ[4] على ثَمَنِه تَمْنَعُ الانْتِقالَ ، كالماءِ وثَمَنِه ، يمنَعُ الانتقالَ إلى التَّيَمُّمِ .

٨٥/٨ و

المسألة الثانية : أنَّه لا يُجْزِئُه إلَّا عِتْقُ رَقَبةٍ مُؤْمِنَةٍ في كفَّارةِ الظِّهارِ ، وسائِرِ الكفَّاراتِ . هذا ظاهِرُ المَذْهَبِ . وهو قَوْلُ الحسنِ ، ومالِكٍ ، والشَّافِعيِّ ، وإسحاقَ ، وأبي عُبَيْدٍ . وعن أحمدَ ، روايةٌ ثانيةٌ ، أنَّه يُجْزِئُ فيما عَدا كفَّارَةَ القَتْلِ ، مِنَ الظِّهارِ وغيرِه ، عِتْقُ رَقَبةٍ ذِمِّيَّةٍ . وهو قَوْلُ عَطاءٍ ، والنَّخَعِيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، وأبي ثَوْرٍ ، وأصحابِ الرَّأْيِ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أطْلَقَ الرَّقَبةَ في هذه الكفَّارةِ ، فوَجَبَ أنْ يُجْزِئَ ما تَناوَلَه الإطْلاقُ . ولَنا ، ما رَوَى معاويةُ بنُ الحَكَمِ ، قال : كانتْ لي جارِيَةٌ ، فأتَيْتُ النَّبيَّ ﷺ فقلتُ : عليَّ رَقَبَةٌ أفأُعْتِقُها ؟ فقال لها رسول اللهِ ﷺ : « أيْنَ اللهُ ؟ » قالتْ : في السَّماءِ . قال : « مَنْ أنَا ؟ » . قالت : أنتَ رسولُ اللهِ . فقال

---

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٣) تقدم التخريج في صفحة : ٥٤ ، ٥٥ .

(٤) سقط من : ب .

رسولُ الله ﷺ : « أعْتِقْهَا ؛ فإنَّها مُؤْمِنةٌ » . أخْرَجَه مُسْلِمٌ ، والنَّسائىُّ[٥] . فَعَلَّلَ جَوازَ إعتاقِها عن الرَّقَبَةِ التى عليه بأنَّها مُؤْمِنَةٌ ، فدلَّ على أنَّه لا يُجزئُ عنِ الرَّقَبَةِ التى عليه إلَّا مُؤْمِنَةٌ ، ولأنَّه تَكْفِيرٌ بعِتْقٍ ، فلم يَجُزْ إلَّا مُؤْمِنَةً ، ككفَّارةِ القَتْلِ . والمُطْلَقُ يُحْمَلُ على المُقَيَّدِ مِنْ جِهَةِ القِيَاس إذا وُجِدَ المَعْنَى فِيه ، ولابُدَّ مِن تَقْيِيدِه ، فإنَّا أجْمَعْنا على أنَّه لا يُجزئُ إلَّا رَقَبَةٌ سَلِيمَةٌ مِنَ العُيُوبِ المُضِرَّةِ بالعَمَلِ ضَرَرًا بَيِّنًا ، فالتَّقْيِيدُ بالسَّلامَةِ مِن الكُفْرِ أوْلَى .

المسألة الثالثة : أنَّه لا يُجْزئُه إلَّا رَقَبَةٌ سالِمَةٌ من العُيوبِ المُضِرَّةِ بالعَمَلِ ضررًا بيِّنًا ؛ لأنَّ المَقْصُودَ تَمْلِيكُ العَبْدِ مَنافِعَه ، وتَمْكِينُهُ[٦] من التَّصَرُّفِ لنفسِهِ ، ولا يَحْصُلُ هذا مع ما يَضُرُّ بالعَمَلِ ضررًا بيِّنًا ، فلا يُجْزِئُ الأعْمَى ؛ لأنَّه لا يُمَكِنُه العَمَلُ فى أكْثَرِ الصَّنائِعِ ، ولا المُقْعَدُ ، ولا المَقْطُوعُ / اليَدَيْنِ أو الرِّجْلَيْنِ ؛ لأنَّ اليَدَيْنِ آلَةُ البَطْشِ ، فلا يُمْكِنُه العَمَلُ مع فَقْدِهما ، والرِّجْلانِ آلَةُ المَشْيِ ، فلا يَتَهَيَّأُ له كثيرٌ من العملِ مع تَلَفِهما . والشَّلَلُ كالقَطْعِ فى هذا . ولا يُجْزِئُ المجنونُ جُنُونًا مُطْبِقًا ، لأنَّه وُجِدَ فيه المَعْنَيانِ ، ذَهابُ مَنْفَعَةِ الجِنْسِ ، وحصولُ الضَّرَرِ بالعملِ . وبهذا كلِّه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وحُكِىَ عن دَاوُدَ ، أنَّه جَوَّزَ عِتْقَ[٧] كُلِّ رَقَبةٍ يَقَعُ عليها الاسْمُ ، أَخْذًا بإطْلاقِ اللَّفْظِ . ولَنا ، أنَّ هذا نَوْعُ كفَّارةٍ ، فلم يُجْزِئْ ما يَقَعُ عليه الاسْمُ كالإطْعامِ ؛ فإنَّه لا يُجْزِئُ أن يُطْعِمَ مُسَوَّسًا ولا عَفِنًا ، وإنْ كان يُسَمَّى طَعامًا . والآيةُ مُقَيَّدَةٌ بما ذكَرْناه .

٨/٨٥ظ

فصل : ولا يُجزئُ مَقْطُوعُ اليَدِ ، أو الرِّجْلِ ، ولا أشَلُّها ، ولا مَقْطُوعُ إبْهامِ اليَدِ ، أو

---

(٥) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم الكلام فى الصلاة ونسخ ما كان من إباحة ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ٣٨٢/١ . وأخرجه النسائى ، فى : باب الكلام فى الصلاة ، من كتاب السهو . المجتبى ١٤/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تشميت العاطس فى الصلاة ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب فى الرقبة المؤمنة ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبى داود ٢١٣/١ ، ٢٠٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٤٧/٥ – ٤٤٩ .

(٦) فى ا ، ب ، م : « ويمكنه » .

(٧) سقط من : ا ، ب ، م .

سَبَّابَتِها[٨] ، أو الوُسْطَى ؛ لأنَّ نَفْعَ اليَدِ يَذْهَبُ بذَهابِ هؤلاءِ ، ولا يُجْـزِئُ مَقْطُـوعُ الخِنْصَرِ والبِنْصَرِ من يَدٍ واحدَةٍ ؛ لأنَّ نَفْعَ اليَدِ منهما[٩] يَزُولُ أكثرُه بذلك . وإنْ قُطِعَتْ كُلُّ واحِدَةٍ[١٠] مِنْ يَدٍ جازَ ؛ لأنَّ نَفْعَ الكَفَّيْنِ باقٍ ، وقَطْعُ أُنْمُلةِ الإبْهامِ كقَطْعِ جَمِيعِها ؛ فإنَّ نَفْعَها يَذْهَبُ بذلك ؛ لكَوْنِها أُنْمُلَتَيْنِ ، وإنْ كان مِن غيرِ الإبهامِ لم يَمْنَعْ ؛ لأن مَنْفَعَتَها لا تَذْهَبُ ؛ فإنَّها تَصِيرُ كالأصابِعِ القِصارِ ، حتى لو كانت أصابِعُه كلُّها غَيْرُ الإبْهامِ قد قُطِعَتْ مِنْ كُلِّ واحِدَةٍ منها أُنْمُلَةٌ ، لم يَمْنَعْ . وإنْ قُطِعَ من الإصْبَعِ أُنْمُلَتانِ ، فهو كقَطْعِها ؛ لأنَّه يَذْهَبُ بِمَنْفعَتِها . وهذا جميعُه مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يُجْزِئُ مقطوعُ إحدَى اليَدَيْنِ أو إحدَى الرِّجْلَيْنِ ، ولو قُطِعَتْ يَدُه ورِجْلُه جميعًا مِنْ خِلافٍ أجْزَأَتْ ؛ لأنَّ مَنْفَعَةَ الجِنْسِ باقِيَةٌ ، فَأَجْزَأَتْ فى الكفَّارَةِ ، كالأعْوَرِ ، فأمَّا إنْ قُطِعَتا مِنْ وفاقٍ ، أىْ من جانبٍ واحدٍ ، لم يُجْزِئْ ؛ لأنَّ مَنْفَعَةَ الشيءِ تَذْهَبُ . ولَنا ، أنَّ هذا يُؤَثِّرُ فى العَمَلِ ، ويَضُرُّ ضررًا بَيِّنًا ، فَوَجَبَ أنْ يَمْنَعَ إجْزاءَها ، كما لو قُطِعَتا مِن وِفاقٍ . ويُخالِفُ العَوَرَ ؛ فإنَّه لا يَضُرُّ ضَررًا بَيِّنًا . والاعْتبارُ بالضَّرَرِ أوْلَى مِن الاعْتِبارِ بِمَنْفَعةِ الجِنْس ؛ فإنَّه لو ذَهَبَ شَمُّه ، أو قُطِعَتْ أُذُناه معًا ، أجْزأَ مَعَ ذَهابِ مَنْفعَةِ الجِنْسِ ، ولا يُجْزِئُ الأعْرَجُ إذا كان عَرَجًا كثيرًا فاحشًا ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالعملِ ، فهو كقَطْعِ الرِّجْلِ . وإنْ كان عَرَجًا يَسِيـرًا[١١] ، لم[١٢] يَمْنَـعِ الإجْـزَاءَ[١٣] ؛ لأنَّـه قَلِيـلُ الضَّرَرِ

فصل : ويُجْزِئُ الأعْوَرُ فى قَوْلِهم جميعًا . وقال أبو بكرٍ : فيه قولٌ آخَرُ ، لا يُجْزِئُ ؛ لأنَّـه نَقْصٌ يَمْنَـعُ التَّضْحِيَـةَ والإجْـزاءَ فى الهَـدْىِ ، فأشْبَـهَ العَمَـى . والصَّحِيـحُ

---

(٨) فى الأصل : « شيئا منها » .

(٩) فى م : « اليدين » .

(١٠) سقط من : الأصل ، م .

(١١) فى م : « كثيرا » .

(١٢) فى ا ، م : « لا » .

(١٣) فى م : « الأخرى » .

٨٦/٨و ما ذَكَرْناه ؛ فإنَّ المَقْصُودَ تَكْمِيلُ الأحكامِ ، وتَمْلِيكُ العَبْدِ المَنافِعَ ، / والعَوَرُ لا يَمْنَعُ ذلك ، ولأنَّه لا يَضُرُّ بالعَمَلِ ، فأشْبَه قَطْعَ إحْدَى الأُذُنَيْنِ . ويفارِقُ العَمَى ؛ فإنَّه يَضُرُّ بالعملِ ضَرَرًا بيِّنًا ، ويَمْنَعُ كَثِيرًا مِنَ الصَّنائِعِ ، ويَذْهَبُ بِمَنْفَعةِ الجِنْسِ . ويُفارِقُ قَطْعَ إحْدَى اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْنِ ؛ فإنَّه لا يَعْمَلُ بإحْداهما ما يَعْمَلُ بِهِما ، والأعْوَرُ يُدْرِكُ بإحْدَى العَيْنَيْنِ ما يُدْرِكُ بهما . وأمَّا الأُضْحِيَةُ والهَدْىُ ، فإنَّه لا يَمْنَعُ منهما مُجَرَّدُ العَوَرِ ، وإنَّما يَمْنَعُ انْخِسافُ العَيْنِ ، وذَهابُ العُضْوِ المُسْتَطابِ ، ولأنَّ الأُضْحِيَةَ يَمْنَعُ فيها قَطْعُ الأُذُنِ والقَرْنِ ، والعِتْقُ لا يَمْنَعُ فيه إلَّا ما يَضُرُّ بالعَمَلِ . ويُجزِئُ المَقْطُوعُ الأُذُنَيْنِ . وبذلك قال أبو حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِيُّ . وقال مالِكٌ ، وزُفَرُ : لا يُجْزِئُ . لأنَّهما عُضْوَانِ فيهما الدِّيَةُ ، أشْبَها اليَدَيْنِ . ولَنا ، أنَّ قَطْعَهما لا يَضُرُّ بالعَمَلِ الضَّرَرَ البَيِّنَ ، فلمْ يَمْنَعْ ، كنَقْصِ السَّمْعِ ، بخلافِ قَطْعِ اليَدَيْنِ . ويُجزِئُ مَقْطُوعُ الأنْفِ كذلك[١٤] . ويُجزِئُ الأصَمُّ إذا فَهِمَ بالإشارةِ . ويُجْزِئُ الأخْرَسُ إذا فُهِمَتْ إشارَتُه وفَهِمَ بالإشارَةِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ، وأبى ثَوْرٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا يُجْزِئُ ؛ لأنَّ مَنْفَعَةَ الجِنْسِ ذاهِبَةٌ ، فأشْبَهَ زَائِلَ العَقْلِ . وهذا المَنْصُوصُ عليه عن أحمدَ ؛ لأنَّ الخَرَسَ نَقْصٌ كثيرٌ ، يَمْنَعُ كثيرًا مِنَ الأحكامِ ، مثلَ القَضاءِ ، والشَّهادةِ ، وأكْثَرُ النَّاسِ لا يَفْهَمُ إشَارَتَه ، فيتَضَرَّرُ فى تَرْكِ اسْتِعْمالِه . وإنِ اجْتَمَعَ الخَرَسُ والصَّمَمُ ، فقال القاضى : لا يُجزِئُ . وهو قولُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لاجْتِماعِ النَّقْصَيْنِ فيه ، وذَهابِ مَنْفَعَتَىِ الجِنْسِ . ووَجْهُ الإجْزاءِ ، أنَّ الإشارَةَ تَقُومُ مَقامَ الكلامِ فى الإفْهامِ[١٥] ، ويَثْبُتُ فى حَقِّه أكْثَرُ الأحْكامِ ، فيُجزِئُ فى العِتْقِ ، كالذى ذَهَبَ شَمُّه . فأمَّا الذى ذَهَبَ شَمُّه فيُجْزِئُ ؛ لأنَّه لا يَضُرُّ بالعَمَلِ ولا بغيرِه . فأمَّا المَرِيضُ ، فإنْ كان مَرْجُوَّ البُرْءِ ، كالحُمَّى ، وما أشْبَهَها ، أجْزَأَ فى الكفَّارَةِ . وإنْ كان غيرَ مَرْجُوِّ الزَّوالِ ، كالسُّلِّ ، ونحوِه ، لم يُجْزِئ ؛ لأنَّ زَوَالَه

---

(١٤) فى ا ، ب ، م : « لذلك » .

(١٥) فى الأصل : « الكلام » .

يَنْدُرُ ، ولا يَتمكَّنُ مِن العَمَلِ مع بَقائِه . وأمَّا نِضْوُ[16] الخَلْقِ ، فإنْ كان يَتَمكَّنُ معه مِن العملِ أجْزَأَ ، وإلَّا فلا . ويُجْزِئُ الأحْمَقُ ، وهو الذى يُخْطِئُ على بَصيرةٍ[17] ، ويَصْنَعُ الأشياءَ لغيرِ فائِدَةٍ ، ويَرَى الخطأَ صَوابًا ، ومَن يُخْنَقُ فى الأحْيانِ ، والخَصِىُّ ، والمَجْبُوبُ ، والرَّتْقاءُ ، والكَبيرُ الذى يَقْدِرُ على العَمَلِ ؛ لأنَّ مالا يَضُرُّ بالعَمِلِ ، لا يَمْنَعُ تَمْليكَ العَبْدِ مَنافِعَه ، وتَكْميلَ أحْكامِه ، فيَحْصُلُ الإِجْزاءُ به كالسَّالِمِ مِن العُيُوبِ .

فصل : ويُجْزِئُ عِتْقُ الجانِى والمَرهُونِ ، وعِتْقُ / المُفْلِسِ عَبْدَه ، إذا قُلْنا بصِحَّةِ عِتْقِهم ، وعِتْقُ المُدَبَّرِ ، والخَصِىِّ[18] ، ووَلَدِ الزِّنَى ؛ لكَمالِ العِتْقِ فيهم . ‏٨٦/٨ ظ

فصل : ولا يُجْزِئُ عِتْقُ المَغْصُوبِ ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على تَمْكِينِه مِن مَنافِعِه ، ولا غائِبٍ غَيْبَةً مُنْقَطِعةً لا يُعْلَمُ خَبَرُه ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ حياتُه ، فلا يُعْلَمُ صِحَّةُ عِتْقِه . وإنْ لم يَنْقَطِعْ خَبَرُه ، أجْزَأَ عِتْقُه ؛ لأنَّه عِتْقٌ صَحِيحٌ . ولا يُجْزِئُ عِتْقُ الحَمْلِ ؛ لأنَّه لم تَثْبُتْ له أحكامُ الدُّنْيا ، ولذلك لم تَجِبْ فِطْرَتُه ، ولا يُتَيَقَّنُ أيضًا وُجُودُه ، وحَياتُه ، ولا عِتْقُ أمِّ الوَلَدِ ؛ لأنَّ عِتْقَها مُسْتَحَقٌّ بِسَبَبٍ غيرِ الكَفَّارةِ ، والمِلْكُ فيها غيرُ كامِلٍ ، ولهذا لا يجوزُ بَيْعُها . وقال طَاوُسٌ ، والبَتِّىُّ : يُجْزِئُ عِتْقُها ؛ لأنَّه عِتْقٌ صَحِيحٌ . ولا يجزئُ عِتْقُ مُكاتَبٍ أدَّى مِن كِتابَتِه شَيْئًا . وسَنَذْكُرُ هذا فى الكَفَّاراتِ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

١٣١٦ ــ مسألة ؛ قال : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ ، فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ)

أجْمَعَ أهلُ العِلْمِ ، على أنَّ المُظاهِرَ إذا لم يَجِدْ رَقَبَةً ، أنَّ فَرْضَه صِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ ؛ وذلك لِقَوْلِ اللهِ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾[1] . وحديثُ أوْسِ بنِ الصَّامِتِ ، وسَلَمَةَ بنِ صَخْرٍ[2] . وأجْمَعُوا على

---

(١٦) النضو : الهزيل .

(١٧) فى ا ، م : « بصير » .

(١٨) سقط من : ب ، م .

(١) سورة المجادلة ٤ .

(٢) تقدم تخريجهما فى صفحة ٥٤ ، ٥٥ .

أنَّ مَن وَجَدَ رَقَبَةً فاضِلَةً عَن حاجَتِه ، فليس له الانْتِقالُ إلى الصِّيامِ ، وإنْ كانتْ له رَقَبَةٌ يَحْتاجُ إلى خِدْمَتِها لِزَمَنٍ[٣] ، أو كِبَرٍ ، أو مَرَضٍ ، أو عِظَمِ خَلْقٍ ، ونحوِه مِمَّا يُعْجِزُه عنْ خِدْمَةِ نَفْسِه ، أو يكونُ مِمَّنْ لا يَخْدُمُ نَفْسَه فى العَادَةِ ، ولا يَجِدُ رَقَبَةً فاضِلَةً عن خِدْمَتِه[٤] ، فليس عليه الإِعْتاقُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ ، والأَوْزاعِيُّ : متى وَجَدَ رَقَبَةً ، لَزِمَه إعْتاقُها ، ولم يَجُزْ له الانْتِقالُ إلى الصِّيامِ ، سواءٌ كان مُحْتاجًا إليها ، أو لم يكنْ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى شَرَطَ فى الانْتِقالِ إلى الصِّيامِ أنْ لا يَجِدَ رَقَبَةً ، بقَوْلِه : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ ﴾ . وهذا وَاجِدٌ . وإنْ وَجَدَ ثَمَنَها ، وهو مُحْتاجٌ إليه ، لم يَلْزَمْه شِراؤُها . وبه قال أبو حَنِيفَةَ . وقال مالِكٌ : يَلْزَمُه شِراؤُها[٥] ؛ لأنَّ وِجْدانَ ثَمَنِها كوِجْدانِها . ولَنا ، أنَّ ما اسْتَغْرَقَتْه حاجةُ الإِنْسَانِ ، فهو كالمَعْدُومِ ، فى جَوازِ الانْتِقالِ إلى البَدَلِ ، كَمَنْ وجدَ ماءً يَحْتاجُ إليه لِلعَطَشِ ، يَجُوزُ له الانْتِقالُ إلى التَّيَمُّمِ . وإنْ كان له خادِمٌ ، وهو مِمَّنْ يَخْدِمُ نَفْسَه عادَةً ، لَزِمَه إعْتاقُها ؛ لأنَّه فاضِلٌ عن حاجَتِه . بخلافِ مَنْ لم تَجْرِ عادتُه بِخِدْمَةِ نَفْسِه ، فإنَّ عليه مَشَقَّةً فى إعْتاقِ خادِمِه ، وتَضْيِيعًا لِكَثِيرٍ مِن حوائِجِه . وإنْ كانَ له خادِمٌ يَخْدِمُ امرأتَه ، وهى مِمَّن عليه إخدامُها ، أو كان له رَقِيقٌ / يَتَقَوَّتُ بِخَراجِهِم ، أو دَارٌ يَسْكُنُها ، أو عَقارٌ يَحْتاجُ إلى غَلَّتِه لمُؤْنَتِه ، أو عَرْضٍ للتِّجارَةِ لا يَسْتَغْنِى عنْ رِبْحِه فى مُؤْنَتِه ، لم يَلْزَمْه العِتْقُ . وإن اسْتَغْنَى عن شىءٍ مِن ذلك مِمَّا يُمْكِنُه أنْ يَشْتَرِىَ به رَقَبَةً ، لَزِمَه ؛ لأنَّه واجِدٌ للرَّقَبَةِ . وإنْ كانتْ له رَقَبَةٌ تَخْدِمُه ، يُمْكِنُه بَيْعُها وشِراءُ رَقَبَتَيْنِ بِثَمَنِها ، يَسْتَغْنِى بِخِدْمَةِ إحْداهما ، ويَعْتِقُ الأُخْرَى ، لَزِمَه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فى ذلك . وهكذا لو كانتْ له ثِيابٌ فاخِرَةٌ ، تَزِيدُ على مَلابِسِ مِثْلِه ، يُمْكِنُه بَيْعُها ، وشِراءُ ما يَكْفِيهِ فى لِباسِه ورَقَبَةٍ ، لَزِمَه ذلك . وإنْ كانتْ له دارٌ ، يُمْكِنُه بَيْعُها ، وشِراءُ مِا يَكْفِيه لسُكْنَى مِثْلِه ورَقَبَةٍ ، أو ضَيْعَةٌ يَفْضُلُ منها عنْ كِفايَتِه ما يُمْكِنُه به[٦]

٨٧/٨ و

---

(٣) الزَّمَن : العلة الملازمة .

(٤) فى ا : « حاجته » .

(٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦) سقط من : م .

شِراءُ رَقَبَةٍ ، لَزِمَه . ويُرَاعَى فى ذلك الكِفايةُ التى يَحْرُمُ معها أَخْذُ الزَّكاةِ ، فإذا فَضَلَ عن ذلك شيءٌ ، وَجَبَتْ فيه الكفَّارةُ . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ جَمِيعِه على نَحْوٍ مِمَّا قلْنا . وإن كانتْ له سُرِّيَّةٌ ، لم يلْزَمْه[7] إعتاقُها ؛ لأنَّه يَحْتاجُ إليها . وإنْ أَمْكَنَه بَيْعُها ، وشِراءُ سُرِّيَّةٍ أُخْرَى ، ورَقَبَةٍ يَعْتِقُها ، لم يَلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّ الغَرَضَ[8] قد يَتَعَلَّقُ بعَيْنِها ، فلا يَقُومُ غيرُها مَقامَها ، سِيَّما إذا كان بدُونِ ثَمَنِها .

فصل : فإنْ كان مُوسِرًا حين وُجُوبِ الكفَّارةِ ، إلَّا أنَّ مالَه غائِبٌ ، فإنْ كانَ مَرْجُوَّ الحُضُورِ قريبًا ، لم يَجُزِ الانْتِقالُ إلى الصِّيامِ ؛ لأنَّ ذلك بمَنْزِلَةِ الانْتِظارِ لِشراءِ الرَّقَبَةِ ، وإنْ كان بَعِيدًا ، لم يَجُزِ الانْتِقالُ إلى الصِّيامِ فى غيرِ كفَّارَةِ الظِّهارِ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فى الانتظارِ . وهل يجوزُ ذلك فى كفَّارةِ الظِّهارِ ؟ فيه وجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَجُوزُ ؛ لوُجُودِ الأصْلِ فى مالِه ، فأَشْبَهَ سائِرَ الكفَّاراتِ . والثانى ، يجوزُ ؛ لأنَّه يَحْرُمُ عليه المَسِيسُ ، فجازَ له الانْتِقالُ لِمَوْضِعِ الحاجَةِ . فإنْ قيل : فلو عُدِمَ الماءُ أو ثَمَنُه[9] ، جازَ له الانتقالُ إلى التَّيمُّمِ ، وإنْ كانَ قادرًا عليهما فى بَلَدِه . قلنا : الطَّهارةُ تَجِبُ لأجْلِ الصَّلاةِ ، وليس له تَأْخِيرُها عن وَقْتِها ، فدَعَتِ[10] الحاجَةُ إلى الانتقالِ ، بخلافِ مَسْأَلَتِنا ، ولأنَّنا لو مَنَعْناه مِن التَّيمُّمِ لِوُجُودِ القُدْرَةِ فى بَلَدِه ، بَطَلَتْ رُخْصَةُ التَّيمُّمِ ، فإنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَقْدِرُ على ذلك .

فصل : وإنْ وَجَدَ ثَمَنَ الرَّقَبَةِ ، ولم يَجِدْ رَقَبَةً يَشْتَرِيها ، فله الانتقالُ إلى الصِّيامِ ، كما لو وَجَدَ ثَمَنَ الماءِ ولم يَجِدْ ما يَشْتَرِيه . وإنْ وَجَدَ رَقَبَةً تُباعُ بزِيادَةٍ على[11] ثَمَنِ المِثْلِ تُجْحِفُ بمالِه ، لم يَلْزَمْه شِراؤُها ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا ، وإنْ كانتْ لا تُجْحِفُ بمالِه ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُه ؛ لأنَّه قادِرٌ على الرَّقَبَةِ / بِثَمَنٍ يَقْدِرُ عليه ، لا   ٨/٨٧ظ

---

(٧) فى م : « يلزمها » .

(٨) فى ب : « العرض » .

(٩) فى الأصل ، ا ، م : « وثمنه » .

(١٠) فى الأصل : « فدعته » .

(١١) فى ب : « عن » .

يُجْحِفُ به ، فأشْبَهَ ما لو بِيعَتْ بِثَمَنِ مِثْلِها . والثانى ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّه لم يَجِدْ رَقَبَةً[١٢] بِثَمَنِ مِثْلِها ، أشْبَهَ العادِمَ . وأصْلُ الوَجْهَيْنِ ، العادِمُ للماءِ إذا وَجَدَه بزِيادَةٍ على ثَمَنِ مِثْلِه ، فإنْ وَجَدَ رَقَبَته بثَمَنِ مِثْلِها ، إلَّا أنَّها رَقَبَةٌ رَفِيعةٌ ، يُمْكِنُ أنْ يَشْتَرِىَ بثَمَنِها رقابًا مِنْ غَيْرِ جِنْسِها ، لَزِمَه شِراؤُها ؛ لأنَّها بِثَمَنِ مِثْلِها ، ولا يُعَدُّ شِراؤُها بذلك الثَّمَنِ ضَرَرًا ، وإنَّما الضَّرَرُ فى إعْتاقِها ، وذلك لا يَمْنَعُ الوُجُوبَ ، كما لو كان[١٣] مالِكًا لها[١٣] .

١٣١٧ – مسألة ؛ قال : (فَإنْ أَفْطَرَ فِيهِمَا[١] مِنْ عُذْرٍ بَنَى ، وإنْ أَفْطَرَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ ابْتَدَأَ)

أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على وُجُوبِ التَّتابُعِ فى الصِّيامِ فى كفَّارَةِ الظِّهارِ ، وأجْمَعُوا على أنَّ مَنْ صامَ بعضَ الشَّهْرِ ، ثُمَّ قَطَعَه لغيرِ عُذْرٍ ، وأفْطَرَ ، أنَّ عليه اسْتِئْنافَ الشَّهْرَيْنِ ؛ وإنَّما كان كذلك لوُرُودِ لَفْظِ الكِتابِ والسُّنَّةِ به ، ومعنى التَّتابُعِ المُوَالاةُ بينَ صِيامِ أيَّامِها[٢] ، فلا يُفْطِرُ فيهما[٣] ، ولا يَصُومُ عن[٤] غيرِ الكفَّارَةِ . ولا يَفْتَقِرُ التَّتابُعُ إلى نِيَّةٍ ، ويَكْفِى فِعْلُه ؛ لأنَّه شَرْطٌ ، وشَرائِطُ العِبَاداتِ لا تَحْتاجُ إلى نِيَّةٍ ، وإنَّما تَجِبُ النِّيَّةُ لأفْعالِهَا . وهذا أحَدُ الوُجُوهِ لأصْحابِ الشَّافِعِىِّ ، والوَجْهُ الآخَرُ ، أنَّها واجِبَةٌ لِكُلِّ لَيْلَةٍ ؛ لأنَّ ضَمَّ العِبَادَةِ إلى العبادةِ إذا كان شَرْطًا ، وَجَبَت النِّيَّةُ فيه ، كالجَمْعِ بَيْنَ الصَّلاتَيْنِ . والثَّالثُ ، يَكْفِى[٥] نِيَّةُ التَّتابُعِ فى اللَّيْلَةِ الأُولَى . ولَنا ، أنَّه تَتابُعٌ واجِبٌ فى العبادَةِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى نِيَّةٍ ، كالمُتابَعَةِ بينَ الرَّكَعاتِ . ويُفارِقُ الجَمْعَ بَيْنَ الصَّلاتَيْنِ ،

---

(١٢) سقط من : ب .
(١٣–١٣) فى ا : « مالكها » .
(١) فى الأصل ، م : « فيها » .
(٢) أى : الكفارة . وفى م : « أيامهما » .
(٣) أى فى الشهرين . وفى ب ، م : « فيها » .
(٤) سقط من : م .
(٥) فى ا ، ب ، م : « ويكفى » .

فإنَّ ذلك رُخصةٌ ، فافتقَرَ إلى نِيَّةِ التَّرخُّصِ . وما ذَكَرُوه يَنتقِضُ بالمتابَعَةِ بين الرَّكَعاتِ .
وأجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أنَّ الصَّائِمَةَ مُتَتابِعًا ، إذا حاضَتْ قَبْلَ إتْمامِه ، تَقْضِى إذا طَهُرَتْ ، وتَبْنِى . وذلك لأنَّ الحَيْضَ لا يُمْكِنُ التَّحرُّزُ منه فى الشَّهْرَيْنِ إلَّا بتأْخِيرِه إلى الإياسِ ، وفيه تَغْرِيرٌ بالصَّوْمِ ؛ لأنَّها رُبَّما ماتَتْ قبله . والنِّفاسُ كالحَيْضِ ، فى أنَّه لا يَقْطَعُ التَّتابُعَ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَتِه فى أحْكامِه ، ولأنَّ الفِطْرَ لا يَحْصُلُ فيهما بفِعْلِهما ، وإنَّما ذلك الزَّمانُ كزَمانِ اللَّيْلِ فى حقِّهما . والوَجْهُ الثَّانى ، أنَّ النِّفاسَ يَقْطَعُ التَّتابُعَ ؛ لأنَّه فِطْرٌ أمْكَنَ التَّحرُّزُ منه ، لا يَتكَرَّرُ كُلَّ عامٍ . فقطَعَ التَّتابُعَ ، كالفِطْرِ لغَيرِ عُذْرٍ . ولا يَصِحُّ قِياسُه على الحَيْضِ ؛ لأنَّه أنْدرُ مِنه ، ويُمْكِنُ التَّحرُّزُ عَنْهُ . وإنْ أفْطَرَ لِمَرَضٍ مَخُوفٍ ، لم يَنْقَطِعِ التَّتابُعُ أيضًا . رُوِىَ ذلك عن ابْنِ عبَّاسٍ . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ / ، والحسنُ ، وعَطاءٌ ، والشَّعْبِىُّ ، وطاوُسٌ ، ومُجاهِدٌ ، ومالِكٌ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، والشَّافِعِىُّ فى القَدِيمِ . وقال فى الجَدِيدِ : يَنْقَطِعُ التَّتابُعُ . وهذا قَوْلُ سعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، والنَّخَعِىِّ ، والحَكَمِ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه أفْطَرَ بفِعْلِه ، فلَزِمَه الاسْتِئْنافُ ، كما لو أفْطَرَ لِسَفَرٍ . ولَنا ، أنَّه أفْطَرَ لِسَبَبٍ[٦] لا صُنْعَ له فيه ، فلَم يَقْطَعِ التَّتابُعَ ، كإفْطارِ المَرْأةِ للحَيْضِ . وما ذَكَرُوه مِن الأصْلِ مَمْنُوعٌ . وإنْ كانَ المَرَضُ غيرَ مَخُوفٍ ، لكنَّه يُبِيحُ الفِطْرَ ، فقال أبو الخَطَّابِ : فيه وَجهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَقْطَعُ التَّتابُعَ ؛ لأنَّه مَرَضٌ أباحَ الفِطْرَ ، أشْبَهَ المَخُوفَ . والثانى ، يَقْطَعُ التَّتابُعَ ؛ لأنَّه أفْطَرَ اخْتِيارًا ، فانْقَطَعَ التَّتابُعُ ، كما لو أفْطَرَ لغيرِ عُذْرٍ . فأمَّا الحامِلُ والمُرضِعُ ، فإنْ أفطَرَتا خَوفًا على أنْفُسِهما ، فهما كالمَرِيضِ ، وإنْ أفْطَرَتا خَوْفًا على وَلَدَيْهِما . ففيهما وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يَنْقَطِعُ التَّتابُعُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّه فِطْرٌ أُبِيحَ لَهما بِسَبَبٍ لا يَتَعَلَّقُ باخْتِيارِهما ، فلم يَنْقَطِعِ التَّتابُعُ ، كما لو أفطَرَتا خَوْفًا على أنْفُسِهما . والثانى ، يَنْقَطِعُ ؛ لأن الخَوْفَ على غيْرِهما ، ولذلك يَلْزَمُهما الفِدْيَةُ مع القَضاءِ . وإنْ أفْطَرَ لِجُنُونٍ ، أو إغْماءٍ ، لم يَنْقَطِعِ التَّتابُعُ ؛ لأنَّه

٨٨/٨و

---

(٦) فى ب : « بسبب » .

عُذْرٌ لا صُنْعَ له فيه ، فهو كالحَيْضِ .

فصل : وإنْ أفْطَرَ لِسَفَرٍ مُبِيحٍ للفِطْرِ ، فكلامُ أحمدَ يَحْتَمِلُ الأمْرَيْنِ ؛ وأظْهَرُهُما ، أنَّه لا يَقْطَعُ التَّتابُعَ ؛ فإنَّه قال فى رِواية الأثْرَمِ : كانَ السَّفَرُ غيرَ المَرَضِ ، وما يَنْبَغِى أنْ يكونَ أوْكَدَ مِن رمضانَ . فظاهِرُ هذا أنَّه لا يَقْطَعُ التَّتابُعَ . وهذا قَوْلُ الحسنِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَنْقَطِعَ به التَّتابُعُ . وهو قَوْلُ مالِكٍ وأصْحابِ الرَّأْىِ . واخْتَلَفَ أصحابُ الشَّافِعِىِّ ، فمنهم مَن قال : فيه قَوْلانِ كالمَرَضِ . ومِنهم مَنْ يقولُ : يَنْقَطِعُ التَّتابُعُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ السَّفَرَ يَحْصُلُ باخْتِيارِه ، فقَطَعَ التَّتابُعَ ، كما لو أفْطَرَ لِغَيْرِ عُذْرٍ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه فِطْرٌ لعُذْرٍ مُبِيحٍ للفِطْرِ[7] ، فلم يَنْقَطِع به التَّتابُعُ ، كإفْطارِ المرأةِ للحَيْضِ[8] ، وفارَقَ الفطرَ لغيرِ عُذْرٍ ، فإنَّه لا يُبَاحُ . وإن أكَلَ يَظُنُّ أنَّ الفَجْر لم يَطْلُع ، وقد كان طَلَع ، أو أفْطَرَ يَظُنُّ أنَّ الشَّمْسَ قد غابتْ ، ولم تَغِب ، أفْطَرَ . ويَتَخَرَّج فى انْقِطاعِ التَّتابُعِ وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَنْقَطِع ؛ لأنَّه فِطْرٌ لعُذْرٍ . والثَّانى ، يَقْطَع[9] التَّتابُعَ ؛ لأنَّه بفِعْلٍ أخْطَأ فيه ، فأشْبَهَ ما لو ظَنَّ أنَّه قد أتَمَّ الشَّهْرَين فبانَ خِلافُه . وإنْ / أفطرَ ناسِيًا لوُجوبِ التَّتابعِ ، أو جاهلًا به أو[10] ظَنًّا منه أنَّه قد أتَمَّ الشَّهْرَيْنِ ، انْقَطَع التَّتابُعُ ؛ لأنَّه أفْطَرَ لِجَهْلِه ، فقطَعَ التَّتابُعَ ، كما لو ظَنَّ أنَّ الواجِبَ شهرٌ واحدٌ . وإنْ أُكْرِهَ على الأكلِ أو الشُّرْبِ[11] ، بأنْ أُوجِرَ الطَّعامَ أو الشَّرابَ ، لم يُفْطِر . وإنْ أكَلَ خوفًا ، فقال القاضِى : لا يُفْطِرُ . ولم يَذْكُرْ غيرَ ذلك . وفيه وجهٌ آخرُ ، أنَّه يُفْطِرُ . فعلى ذلك هل يَقْطَع التَّتابُعَ ؟ فيه وجهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَقْطَعُه ؛ لأنَّه عذرٌ مُبيحٌ للفِطْرِ ، فأشْبَهَ المرضَ . والثَّانى : يَنْقطِعُ التَّتابُعُ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه أفطَرَ بفِعْلِه لعُذْرٍ نادِرٍ .

٨٨/٨ ظ

---

(٧) فى م : « فقط » خطأ .

(٨) فى م : « بالحيض » .

(٩) كذا ، والأوفق : « ينقطع » .

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى الأصل ، ا : « والشرب » .

فصل : وإنْ أفطرَ فى أثناءِ الشَّهْرَين لِغيرِ عُذْرٍ ، أو قطعَ التَّتابُعَ بِصَوْمِ نَذْرٍ ، أو قَضاءٍ ، أو تَطَوُّعٍ ، أو كَفَّارَةٍ أُخرى ، لَزِمَه اسْتِئْنافُ الشَّهْرين ؛ لأنَّه أخَلَّ بالتَّتابُعِ المُشْتَرَطِ[١٢] ، ويَقَع صومُه عمَّا نَواه ، لأنَّ هذا الزَّمانَ ليس بِمُسْتَحقٍّ مُتعَيِّنٍ للكفَّارةِ ، ولهذا يَجُوزُ صَوْمُها فى غيرِه ، بخلافِ شهرِ رمضانَ ، فإنَّه مُتعَيِّنٌ لا يَصْلُح لغيرِه . وإذا كان عليه [١٣]نَذْرُ صَوْمٍ[١٣] غيرِ مُعَيَّنٍ ، أخَّره إلى فَراغِه من الكَفَّارة . وإنْ كان مُتعيِّنًا فى وقتٍ بعَيْنِه ، أخَّر الكَفَّارةَ عنه ، أو قدَّمها عليه إنْ أمْكنَ . وإنْ كان أيَّامًا مِن كُلِّ شهرٍ ، كيومِ الخميسِ ، أو أيَّامِ البيضِ ، قَدَّمَ الكَفَّارَةَ عليه ، وقَضاهُ بعدَها ؛ لأنه لو وَفَّى بِنَذْرِه لانْقَطَعَ التَّتابُعُ ، ولَزِمَه الاستئنافُ ، فيُفْضِى إلى أنْ لا يَتَمَكَّن مِن التَّكْفِير ، والنَّذْرُ يُمْكِنُ قَضاؤُه ، فيكونُ هذا عُذْرًا فى تأخيرِه كالمرضِ[١٤] .

١٣١٨ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ أَصَابَهَا فى لَيَالِى الصَّوْمِ ، أَفْسَدَ مَا مَضَى مِنْ صِيَامِهِ ، وابْتَدأَ الشَّهْرَيْنِ)

وبهذا قال مالكٌ ، والثَّورِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أن يَتَمَاسَّا ﴾[١] . فأمَرَ بهما خالِيَيْنِ عن وَطْءٍ ، ولم يَأْتِ بهما على ما أُمِرَ ، فلم يُجْزِئه ، كما لو وَطِئَ نهارًا ، ولأنَّه تحريمٌ للوَطْءِ لا يَخْتَصُّ النَّهارَ ، فاسْتَوَى فيه اللَّيْلُ والنَّهارُ كالاعتكافِ . ورَوَى الأثرمُ عن أحمدَ ، أنَّ التَّتابُعَ لا يَنْقَطِع بهذا ، ويَبْنِى . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابن المُنْذِرِ ؛ لأنَّه وَطْءٌ لا يُبْطِلُ الصَّوْمَ ، فلا يُوجِب الاسْتِئْنافَ ، كوَطْءِ غيرِها ، ولأنَّ التَّتابُع فى الصِّيام عبارةٌ عن إتْباعِ صومِ يومٍ لِلَّذى قَبْلَه ، مِن غيرِ فارقٍ ، وهذا مُتَحقِّق وإنْ وَطِئَ ليلًا ، وارْتِكابُ النَّهْىِ

---

(١٢) فى م : « المشروط » .

(١٣–١٣) فى ب ، م : « صوم نذر » .

(١٤) فى الأصل ، م : « كالمريض » .

(١) سورة المجادلة ٤ .

فى الوَطْءِ قَبْلَ إتْمامِه إذا لم يُخِلَّ بالتتابع المُشْتَرَط، لا يَمْنَعُ صِحَّتَه وإجْزاءَه، كما لو وَطِئَ قَبْلَ الشَّهْرَيْنِ، أو لو[2] وَطِئَ ليلةَ أوَّلِ الشَّهرينِ وأصْبحَ صائمًا، والإتيانُ / بالصِّيامِ قبلَ التَّماسِّ فى حَقِّ هذا لا سبيلَ إليه، سواءٌ بَنَى أو اسْتَأْنَفَ. وإنْ وَطِئَها، أو وَطِئَ غيرَها، فى نَهارِ الشَّهْرينِ عامدًا، أفْطَرَ، وانْقَطَعَ التَّتابُعُ، إجماعًا، إذا كان غيرَ مَعْذُورٍ. وإن وَطِئَها، أو وَطِئَ غيرَها، نهارًا ناسيًا، أفطرَ، وانْقَطع التَّتابُعُ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن؛ لأنَّ الوَطْءَ لا يُعْذَرُ فيه بالنِّسْيان. وعن أحمدَ، روايةٌ أُخرى، أنَّه[3] لا يُفْطِر، ولا يَنْقَطِعُ التَّتابُعُ. وهو قولُ الشَّافعىِّ، وأبى ثَوْرٍ، وابن المُنْذِرِ؛ لأنَّه فعل المُفْطِرَ ناسيًا، أشْبَهَ ما لو أكَلَ ناسيًا. وإنْ أُبيحَ له الفِطْرُ لعُذْرٍ، فوَطِئَ غيرَها نهارًا، لم يَنْقَطِعِ التَّتابُعُ؛ لأنَّ الوَطْءَ لا أثَرَ له فى قَطْعِ التتابُعِ. وإنْ وَطِئَها، كان كَوَطْئِها ليلًا، هل يَنْقَطِعُ[4] التَّتابُعُ؟ على وَجْهَيْنِ. وإنْ وَطِئَ غيرَها ليلًا، لم يَنْقَطِعِ التتابعُ؛ لأنَّ ذلك ليس بمُحَرَّمٍ عليه، ولا هو مُخِلٌّ بإتْباعِ الصَّوْمِ الصَّوْمَ، فلم يقْطَعِ[5] التَّتابُعَ، كالأكْلِ ليلًا. وليس فى هذا اختلافٌ نَعْلَمُه. وإنْ لَمَسَ المُظاهَرَ منها، أو باشَرَهَا دُونَ الْفَرْجِ على وجهٍ يُفْطِر به، قَطَعَ التَّتابُعَ؛ لإخْلالِه بمُوالاةِ الصِّيامِ، وإلَّا فلا يَنْقَطِع. واللهُ أعلمُ.

١٣١٩ – مسألة؛ قال: (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ، فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا)

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ المُظاهِرَ إذا لم يَجِدِ الرَّقَبَةَ، ولم يَسْتَطِعِ الصِّيامَ، أنَّ فَرْضَه إطعامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا، على ما أمَرَ اللهُ تعالى فى كتابِه، وجاء فى سُنَّةِ نَبِيِّه ﷺ، سواءٌ عَجَزَ عن الصِّيامِ لِكِبَرٍ، أو مَرَضٍ يَخافُ بالصَّوْمِ تَباطُؤَه أو الزِّيادَةَ فيه، أو الشَّبَقِ فلا يَصْبِرُ فيه عن الجِماعِ، فإنَّ[1] أوْسَ بن الصَّامِتِ، لَمَّا أمَرَه رسولُ اللهِ ﷺ بالصِّيامِ، قالت

(٢) سقط من: م.

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) فى ب: «يقطع».

(٥) فى م: «ينقطع».

(١) فى ب: «قال».

امرأتُه : يا رسولَ اللهِ ، إنَّه شيخٌ كبيرٌ ، ما به مِن صيامٍ . قال : « فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا »[٢] . ولما أمرَ سَلَمَةَ بن صَخْرٍ بالصِّيامِ قال : وهل أصبْتُ الذى أصبْتُ إلَّا مِن الصِّيامِ ! قال : « فَأَطْعِمْ »[٣] . فَنَقَلَه إلى الإطْعامِ لمَّا أخْبَرَ أنَّ به مِن الشَّبَقِ والشَّهْوَةِ ما يَمْنَعُه مِن الصِّيامِ . وقِسْنا على هٰذين ما يُشْبِهُهما فى معناهما . ويجوزُ أنْ يَنْتَقِلَ إلى الإطعامِ إذا عَجز عن الصِّيامِ للمَرضِ ، وإن كان مَرْجُوَّ الزَّوالِ ؛ لدُخولِه فى قولِه سبحانَه وتعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . ولأنَّه لا يَعْلَمُ أن له نهايةً ، فأشْبَهَ الشَّبَقَ . ولا يَجوزُ أنْ يَنْتَقِلَ لأجْلِ السَّفَر ؛ لأنَّ السّفرَ لا يُعْجِزُه[٤] عن الصِّيامِ ، وله نهايةٌ يَنْتهى إليها ، وهو مِن أفْعالِه الاخْتياريَّةِ . والواجبُ فى الإطعامِ إطْعامُ / سِتِّين مسكينًا ، لا يُجْزِئُه أقَلُّ من ذلك . وبهذا قال الشّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لو أطْعَمَ مسكينًا واحدًا فى سِتِّين يومًا ، أجْزأَه . وحَكاه القاضى أبو الحسين روايةً عن أحمدَ ؛ لأنَّ هذا المسكينَ لم يَسْتَوْفِ قُوتَ يَوْمِه مِن هذه الكفَّارةِ ، فجاز أنْ يُعْطَى منها ، كاليَوْمِ الأوَّلِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وهذا لم يُطْعِمْ إلَّا واحدًا ، فلم يَمْتَثِلِ الأمرَ ، ولأنَّه لم يُطْعِمْ سِتِّين مسكينًا ، فلم يُجْزِئْه ، كما لو دَفَعَها إليه فى يومٍ واحدٍ ، ولأنَّه لو جاز الدَّفْعُ إليه فى أيامٍ ، لَجازَ فى يومٍ واحدٍ ، كالزَّكاةِ وصدقةِ الفطْرِ ، يُحَقِّقُ هذا أنَّ اللهَ أمَرَ بعددِ المساكينِ ، (٥لَا بعَدَدِ الأيامِ ، وقائلُ هذا يَعْتَبِرُ عددَ الأيامِ دونَ عددِ المساكينِ٥) ؛ والمعنى فى اليومِ الأوَّلِ أنَّه لم يَسْتَوْفِ حَقَّه مِن هذه الكَفَّارةِ ، وفى اليومِ الثَّانى قد اسْتَوْفَى حقَّه منها ، وأخَذَ منها قُوتَ يومٍ ، فلم يَجُز أنْ يَدْفَعَ إليه فى اليوم الثَّانى ، كما لو أوْصَى إنسانٌ بشىءٍ لِسِتِّين مسكينًا .

٨/٨٩ظ

---

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٥ .

(٤) فى ب : « يعجز » .

(٥ – ٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

١٣٢٠ – مسألة ؛ قال : (**لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدٌّ مِنْ بُرٍّ أَوْ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ**)

وجملةُ الأمرِ ، أنَّ قَدْرَ الطَّعامِ فى الكفَّاراتِ كُلِّها مُدٌّ مِن بُرٍّ لكُلِّ مسكينٍ ، أو نصفُ صاعٍ مِن تَمْرٍ أو شَعِيرٍ . ومِمَّن قال : مُدُّ بُرٍّ . زيدُ بن ثابتٍ ، وابنُ عبَّاسٍ ، وابنُ عمر . حَكاه عنهم الإمامُ أحمدُ ، ورَواه عنهم الأثْرَمُ ، وعن عطاءٍ ، وسليمانَ بن موسى . وقال سليمانُ بن يَسارٍ : أدْرَكْتُ النّاسَ إذا أعْطَوا فى كفَّارةِ اليمين ، أعْطَوْا[٦] مُدًّا مِن حِنْطَةٍ بالمُدِّ الأصْغَرِ ، مُدِّ النَّبىِّ ﷺ . وقال أبو هُرَيْرَةَ : يُطْعِمُ مُدًّا مِن أىِّ الأنواعِ كان . وبهذا قال عَطاءٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشّافعىُّ ؛ لما رَوَى أبو داودَ[٧] ، بإسناده عن عطاءٍ ، عن أوسٍ ابنِ أخى عُبادةَ بن الصَّامِت ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ أعْطاهُ – يعنى المُظاهِرَ – خمسةَ عَشَرَ صاعًا مِن شَعِيرٍ ، إطْعامَ سِتِّينَ مسكينًا . ورَوَى الأثْرَمُ ، بإسْناده عن أبى هُرَيْرةَ فى حديثِ المُجامِعِ فى رمضانَ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ أُتِىَ بعَرَقٍ فيه خمسةَ عَشَرَ صاعًا ، فقال : « خُذْهُ وتَصَدَّقْ بِهِ »[٨] . وإذا ثَبَت فى المُجامِعِ بالخَبَرِ ، ثَبَت فى المُظاهِرِ بالقياسِ عليه ، ولأنَّه إطْعامٌ واجبٌ ، فلم يَخْتَلِفْ باخْتلافِ أنْواعِ المُخْرَجِ ، كالفِطْرَةِ وفِدْيَةِ الأذَى . وقال مالكٌ : لكُلِّ مسكينٍ مُدَّان مِن جميعِ الأنواعِ . ومِمَّن قَال : مُدَّانِ مِن قَمْحٍ ؛ مجاهدٌ ، وعِكْرِمَةُ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ[٩] ؛ لأنَّها كفَّارةٌ تَشْتَمِل على صِيَامٍ وإطْعامٍ ، فكان لكُلِّ مسكينٍ نِصْفُ صاعٍ ، كفِدْيَةِ الأذَى . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأصحابُ / الرَّأْىِ : مِن القمحِ مُدَّانِ ، ومِن التَّمْرِ والشَّعِير صاعٌ ، لكُلِّ مسكينٍ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ فى حديثِ سَلَمَةَ بن صَخْرٍ : « فَأَطْعِمْ وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ » . رواه الإمامُ أحمدُ ، فى « المُسْنَدِ » ، وأبو داودَ ، وغيرُهما[١٠] . ورَوَى الخَلَّالُ ، بإسْنادِه عن يُوسُفَ بن

٩٠/٨ و

---

(٦) سقط من : م .

(٧) فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٤ .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٤/٣٦٦ ، ويضاف إليه : وأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٠٨ .

(٩) سقط من : ا .

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٥ .

عبد الله بن سَلَام ، عن خُوَيْلَةَ : فقال لى رسول الله ﷺ : « فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ » . وفى رواية أبى داودَ : والْعَرَق سِتُّونَ صَاعًا[11] . وَرَوى ابنُ ماجه[12] ، بإسنادِه عن ابن عباسٍ ، قال : كَفَّرَ رسولُ الله ﷺ بصَاعٍ من تَمْرٍ ، وأَمَرَ النّاسَ : « فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَنِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . وروى الأَثْرَمُ ، بإسنادِه عن عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : أَطْعِمْ عَنّى صاعًا مِن تَمرٍ أو شَعِيرٍ ، أو نِصْفَ صاعٍ مِن بُرٍّ[13] . ولأنَّه إطْعامٌ للمساكينِ ، فكان صاعًا مِن التَّمْر والشَّعِير ، أو نصفَ صاعٍ من بُـرٍّ ، كصَدَقَة الفطرِ . ولَنا ، ما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، ثنا إسماعيلُ ، ثنا أَيُّوبُ ، عن أبى يَزِيدَ[14] المَدَنِىِّ قال : جاءت امرأةٌ مِن بنى بَيَاضَةَ بنصفِ وَسْقِ شَعِيرٍ ، فقال النَّبىُّ ﷺ للمُظاهِر : « أطْعِمْ هَذَا ؛ فَإِنَّ مُدَّىْ شَعِيرٍ مَكَانُ مُدِّ بُرٍّ »[15] . وهذا نَصٌّ . ويَدُلّ على أنه مُدُّ بُرٍّ ، أنّه قولُ زيدٍ ، وابنِ عبّاسٍ ، وابن عمر ، وأبى هُرَيْرَةَ ، ولم نَعْرِفْ لهم فى الصَّحابة مُخالِفًا[16] ، فكان إجماعًا ، [17]ويدُلُّ على[17] أنّـه نِصْفُ صاعٍ من التَّمْـر أو الشَّعِير[18] ، ما رَوَى عَطاءُ بن يَسَارٍ ، أنّ رسولَ الله ﷺ قال لخُوَيْلَةَ[19] امْرَأةِ أَوْسِ بن الصَّامِتِ : « اذْهَبِى إِلَى فُلَانٍ الأَنْصَارِىِّ ، فَإِنَّ عِنْدَهُ شَطْرَ وَسْقٍ مِنْ تَمْرٍ ، أَخْبَرَنِى أَنَّه يُرِيدُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ ، فَلْتَأْخُذِيهِ ، فَلْيَتَصَدَّقْ به على سِتِّينَ مِسْكِينًا »[20] . وفى حديثِ أَوْس بن الصَّامتْ أنَّ

---

(11) حديث خويلة تقدم تخريجه فى صفحة 54 عن غير الخلال .

(12) فى : باب كم يطعم فى كفارة اليمين ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه 1 / 682 .

(13) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، من كتاب الأيمان والنذور . المصنف 8/ 507 .

(14) فى ب : « زيد » . وتقدم تصحيحه فى : 4/383 .

(15) تقدم تخريجه فى : 4/383 ، ويرفع منه المسند .

(16) فى الأصل : « مخالفة » .

(17-17) فى ا ، ب ، م : « وعلى » .

(18) فى الأصل ، ب ، م : « والشعير » .

(19) فى النسخ : « لخولة » .

(20) أخرجه البيهقى ، فى : باب من له الكفارة بالإطعام ، من كتاب الظهار . السنن الكبرى 7 / 389 ، 390 . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الظهار ، من كتاب الطلاق . السنن 2/ 15 .

النَّبىَّ ﷺ قال : « إنِّى سَأُعِينُهُ بعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ » . قلتُ : يا رسولَ الله ، فإنِّى سأُعِينه بعَرَقٍ آخَرَ . قال: « قَدْ أحْسَنْتِ ، اذْهَبى فأَطْعِمِى [21]بِهَا عَنْهُ[21] سِتِّينَ مِسْكِينًا ، وارْجِعِى إلَى ابْنِ عَمِّكِ »[22] . ورَوَى أبو داودَ ، بإسْنادِه عن أبى سَلَمَةَ بن عبد الرحمن ، أنَّه قال : العَرَقُ زِنْبِيلٌ يَأْخُذ خمسةَ عَشَرَ صاعًا . فعَرَقانِ يَكُونانِ ثلاثينَ صاعًا ، لكُلِّ مسكينٍ نِصْفُ صاعٍ ، ولأنَّها كفَّارةٌ تَشْتَمِل على صيامٍ وإطعامٍ ، فكانَ لكُلِّ مسكينٍ نِصْفُ صاعٍ مِن التَّمْر والشَّعِير ، كفِدْيَةِ الأذَى . فأمَّا روايةُ أبى داودَ أنَّ « الْعَرَق سِتُّونَ صَاعًا »[23] . فقد ضَعَّفَها وقال : غيرُها أصَحُّ منها . وفى الحديثِ ما يَدُلُّ على الضَّعْف ؛ لأنَّ ذلك فى سياقِ قوله : « إنِّى سَأُعِينُهُ بعَرَقٍ » . فقالت امرأتُه : إنى سأُعِينُه / بعَرَقٍ آخَرَ . قال : « فَأَطْعِمِى بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا » . فلو كان العَرَقُ سِتِّينَ صاعًا ، لكَانتِ الكفَّارةُ مائةً وعشرين صاعًا ، ولا قائِلَ به . وأما حديثُ المُجَامِع الذى أعْطاه خمسةَ عَشَرَ صاعًا ، فقال : « تَصَدَّقْ بِهِ »[24] . فَيَحْتَمِلُ أنَّه اقْتَصرَ عليه إذْ[25] لم يَجِدْ سواهُ[26] ، ولذلك لَمَّا أخبره بحاجتِه إليه أمره بأكْلِه . وفى الحديثِ المُتَّفَق عليه[27] : « قَرِيبٌ مِنْ عِشْرِينَ صَاعًا » . وليس ذلك مذهبًا لأحَدٍ[28] ، فيَدُلُّ على أنَّه

٨/٩٠ظ

(٢١ – ٢١) فى ا : « بهما » .

(٢٢) تقدم تخريجه فى : صفحة ٥٤ .

(٢٣) فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٤ .

(٢٤) تقدم تخريجه فى : ٣٦٦/٤ .

(٢٥) فى ا ، م : « إذا » .

(٢٦) فى ب : « غيره » .

(٢٧) يعنى به حديث أبى هريرة ، الذى أخرجه البخارى ، فى : باب إذا جامع فى رمضان ولم يكن له شىء فتصدق عليه فليكفر ، من كتاب الصوم . صحيح البخارى ٤١/٣ . ومسلم ، فى : باب تغليظ تحريم الجماع فى نهار رمضان على الصائم ... ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٧٨١/٢ . ولم يرد فيه عندهما تعيين مقدار المكتل أنه قريب من عشرين صاعا ، كما أورد المؤلف . وأخرجه ابن خزيمة ، فى : باب ذكر الدليل على أن النبى ﷺ إنما أمر هذا المجامع بالصدقة ... ، من كتاب الصيام . صحيح ابن خزيمة ٢١٩/٣ . وأبو داود ، فى : باب كفارة من أتى أهله فى رمضان ، من كتاب الصيام . سنن أبى داود ٥٥٨/١ . والبيهقى ، فى : باب رواية من روى الأمر بقضاء يوم ... ، من كتاب الصيام . السنن الكبرى ٢٢٧/٤ . وعبد الرزاق ، فى : باب من يبطل الصيام ... ، من كتاب الصيام . المصنف ١٩٥/٤ . وانظر : فتح البارى ٤ / ١٦٩ .

(٢٨) فى ا ، م : « لأحمد » .

اقْتَصَرَ على البَعْضِ الذى لم يَجِدْ سِواهُ . وحديثُ أوسٍ ابن أخى عُبادَةَ مُرْسَلٌ ، يَرْوِيه عنه عَطاءٌ ولم يُدْرِكْه ، على أنَّه حُجَّةٌ لنا ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ أعْطاهُ عَرَقًا ، وأعانَتْه امرأتُه بآخَرَ ، فصارا جميعًا ثلاثين صاعًا . وسائر الأخْبارِ نَجْمَعُ بينها وبين أخبارِنا بحَمْلِها على الجَوازِ ، وأخْبارُنا على الإِجْزاءِ ، وقد عَضَد هذا أنَّ ابن عبَّاسٍ رَاوِى بعضِها ، ومذهبُه أنَّ المُدَّ مِن البُرِّ يُجْزِئُ ، وكذلك أبو هُرَيْرَةَ ، وسائِرُ ما ذَكَرْنا مِن الأخْبارِ ، مع الإِجماعِ الذى نقله سليمانُ بن يَسَارٍ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وبَقِىَ الكلامُ فى الإِطعامِ فى أمورٍ ثلاثة ؛ كَيْفِيَّتِه ، وجنسُ الطَّعامِ ، ومُسْتَحِقُّه . فأمَّا كيفيتُه ، فظاهِرُ المذهبِ أنَّ الواجبَ تمليكُ كُلِّ إنسانٍ مِن المساكينِ[٢٩] القَدْرَ[٣٠] الواجبَ له من الكفَّارةِ ، ولو غَدَّى المساكينَ أو عَشَّاهُم لم يُجْزِئْه ، سواءٌ فَعَلَ ذلك بالقَدْرِ الواجبِ ، أو أقلَّ ، أو أكْثَرَ ، ولو غَدَّى كُلَّ واحِدٍ بِمُدٍّ ، لم يُجْزِئْه ، إلَّا أنْ يُمَلِّكَه إيَّاه . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ . وعن أحمدَ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يُجْزِئُه إذا أطْعَمَهُم القدرَ الواجبَ لهم . وهو قولُ النَّخَعِىِّ ، وأبى حنيفةَ . وأطْعَمَ أنسٌ فى فِدْيَةِ الصِّيامِ[٣١] . قال أحمدُ : أطْعَمَ شيئًا كثيرًا ، وصَنَعَ[٣٢] الجِفَانَ . وذَكَرَ حديثَ حَمَّادِ بن سَلَمَةَ ، عن ثابتٍ ، عن أنسٍ ، وذلك لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾[٣٣] . وهذا قد أطْعَمَهم، فينْبَغِى أنْ يُجْزِئَه، ولأنَّه أطْعَمَ المساكينَ، فأجْزَأَه، كما لو مَلَّكَهم. ولَنا، أنَّ المَنْقُولَ عن الصَّحابةِ إعْطاؤُهم؛ ففى قولِ زيدٍ، وابن عبّاسٍ ، وابن عمر ، وأبى هُرَيْرَةَ، مُدٌّ لكُلِّ فَقِيرٍ . وقال النَّبىُّ ﷺ لكَعْبٍ فى فِدْيَةِ الأذَى :

---

(٢٩) سقط من: الأصل .

(٣٠) فى ب : « للقدر » .

(٣١) تقدم فى : ٤ / ٣٨٤ . وأخرجه الدارقطنى ، فى : باب طلوع الشمس بعد الإفطار ، من كتاب الصيام . سنن الدارقطنى ٢ / ٢٠٧ . والبيهقى ، فى : باب الشيخ الكبير لا يطيق الصوم ... ، من كتاب الصيام . السنن الكبرى ٤ / ٢٧١ . وعبد الرزاق ، فى : باب الشيخ الكبير ، من كتاب الصيام . المصنف ٤ / ٢٢٠ . والطبرانى ، فى : المعجم الكبير ١ / ٢١٤ .

(٣٢) فى الأصل : « وضع » .

(٣٣) سورة المجادلة ٤ .

« أَطْعِمْ ثَلَاثَةَ آصُعٍ مِنْ تَمْرٍ ، بَيْنَ سِتَّةِ مَسَاكِينَ »[٣٤] . ولأنَّه مالٌ وَجَبَ للفقَراءِ شَرْعًا ، فوَجَبَ تَمْليكُهم إيَّاه كالزَّكاةِ . فإنْ قُلْنا : يُجْزِئُ . اشْتُرِطَ أنْ يُغَدِّيَهم بِسِتِّينَ مُدًّا فصاعِدًا ؛ ليكونَ قد أطْعَمَهم قَدْرَ الواجبِ . وإنْ قُلْنا : لا يُجْزِئُه أنْ يُغَدِّيَهمْ، فقَدَّمَ إليهم سِتِّينَ مُدًّا ، وقال / : هذا بينَكم بالسَّوِيَّة . فقَبِلُوه ، أجْزَأَ ؛ لأنَّه مَلَّكَهم التَّصَرُّفَ فيه والانتفاعَ قَبْلَ القِسْمَةِ . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشّافعيِّ . وقال أبو عبدِ الله ابن حامدٍ : يُجْزِئُه، وإنْ لم يَقُلْ : بالسَّوِيَّة ؛ لأنَّ قولَه : خُذُوها عن كَفَّارتى . يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ ، لأنَّ ذلك حُكْمُها . وقال القاضِى : إنْ عَلِمَ أنَّه وَصَلَ إلى كُلِّ واحدٍ قَدْرُ حَقِّه ، أجْزَأَ ، وإنْ لم يَعْلَم ، لم يُجْزِئْه ؛ لأنَّ الأصْلَ شَغْلُ ذِمَّتِه ، ما لم يَعْلَم وُصُولَ الحَقِّ إلى مُسْتَحِقِّه . ووَجْهُ الأوّلِ ، أنَّه دَفَعَ الحَقَّ إلى مُسْتَحِقِّه مُشَاعًا ، فقَبِلُوه ، فبَرِئَ منه ، كدُيُونِ غُرَمائِه .

٩١/٨ و

فصل : ولا يَجِبُ التَّتابُعُ فى الإطعامِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ الأثْرَمِ ، وقيل له : تكونُ عليه كفّارةُ يمينٍ ، فيُطْعِمُ اليومَ واحدًا ، وآخَرَ بعدَ أيّامٍ ، وآخَرَ بَعْدُ[٣٥] حتى يَسْتَكْمِلَ عَشْرَةً ؟ فلم يَرَ بذلك بأسًا ؛ وذلك لأنَّ اللهَ تعالى لم يَشْتَرِطِ التَّتابُعَ فيه . ولو وَطِئَ فى أثناءِ الإطعامِ ، لم تَلْزَمْه إعادةُ ما مَضَى منه . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشّافعيُّ . وقال مالكٌ : يَسْتَأْنِف ؛ لأنَّه وَطِئَ فى أثناءِ كفَّارةِ الظِّهارِ ، فوَجَبَ الاستئنافُ ، كالصِّيامِ . ولَنا ، أنَّه وَطِئَ فى أثناء مالا يُشْتَرَطُ التَّتابُعُ فيه ، فلم يُوجِب الاستئنافَ ، كوَطْءِ غيرِ المُظَاهَرِ منها ، أو كالوَطْءِ فى كَفّارةِ اليمينِ ، وبهذا فارَقَ الصِّيامَ .

١٣٢١ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أعْطَى مِسْكِينًا مُدَّيْنِ مِنْ كَفَّارَتَيْنِ فى يَوْمٍ وَاحِدٍ ، أجْزَأَ ، فِى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ)

وهذا مذهبُ الشّافعيِّ ؛ لأنه دَفَعَ القَدْرَ الواجبَ إلى العَدَدِ الواجبِ ، فأجْزَأَ، كما لو دَفَعَ إليه المُدَّيْنِ فى يَوْمَيْنِ . والأُخْرَى ، لا يُجْزِئُه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى قُوتَ

---

(٣٤) تقدم تخريجه فى : ٥ / ١٤٥ ، ١١٦ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

يومٍ من كَفَّارةٍ ، فلم يُجْزِئْه الدَّفْعُ إليه ثانيًا فى يَوْمِه ، كما لو دَفَعَهما[1] إليه مِن كَفَّارةٍ واحدةٍ . فعلى هذه الرِّوايةِ ، يُجْزِئُه عن إحْدَى الكَفَّارَتَيْنِ . وهل له الرُّجُوعُ فى الأُخْرَى ؟ يُنْظَر ؛ فإن[2] كان أعْلَمَه أنَّها عن كَفَّارةٍ ، فله الرُّجوعُ ، وإلَّا فلا . ويَتَخَرَّجُ أنْ لا يَرْجِعَ بشيءٍ ، على ما ذكَرْناه فى الزَّكاةِ . والرِّوايةُ الأُولى أقْيَسُ وأصَحُّ ، فإنَّ اعتبارَ عَدَدِ المساكينِ ، أوْلَى مِن اعتبارِ عددِ الأيَّامِ ، ولو دَفَع إليه ذلك فى يَوْمينِ أجْزَأَ ، ولأنَّه لو كان الدَّافِعُ اثْنينِ ، أجْزَأَ عنهما ، فكذلك إذا كان الدَّافِعُ واحدًا . ولو دَفَع سِتِّين مُدًّا إلى ثلاثين فقيرًا مِن كفَّارةٍ واحدةٍ ، أجْزَأَه مِن ذلك ثلاثون ، ويُطْعِمُ ثلاثين آخَرِينَ ، وإنْ دَفَعَ السِّتِّينَ مِن كَفَّارَتَيْنِ . أجْزَأَه ذلك ، على إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ، ولا يُجْزِئُ فى الأُخْرى[3] إلَّا عن[3] / ثلاثين . والأمْرُ الثَّانى ، أنَّ المُجْزِئَ فى الإطْعامِ ما يُجْزِئُ فى الفِطْرَةِ ، وهو البُرُّ ، والشَّعِير ، والتَّمْر ، والزَّبيب ، سواءٌ كانت قُوتَهُ أو لم تَكُنْ ، وما عَداها . فقال القاضى : لا يُجْزِئُ إخراجُه ، سَواءٌ كان قُوتَ بَلَدِه أو لم يَكُنْ ؛ لأنَّ الخَبَرَ وَرَدَ بإخْراجِ هذه الأصْنافِ ، على ما جاء فى الأحاديثِ التى رَوَيناها ، ولأنَّه الجنسُ المُخْرَجُ فى الفِطْرةِ ، فلم يُجْزِئْ غيرُه ، كما لو لم يَكُنْ قُوتَ بَلَدِه . وقال أبو الخَطَّابِ : عندى أنَّه يُجْزِئُه الإخْراجُ مِن جميعِ الحبوبِ التى هى قُوتُ بَلَدِه ، كالذُّرَةِ ، والدُّخْنِ ، والأُرْزِّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾[4] . وهذا مِمَّا يُطْعِمُه أهلَه ، فوَجَبَ أنْ يُجْزِئَه بظاهِرِ النَّصِّ . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ . فإنْ أخْرَجَ غيرَ قُوتِ بَلَدِه ، أجْوَدَ منه ، فقد زادَ خيرًا ، وإنْ كان أنْقَصَ ، لم يُجْزِئْه ، وهذا أجْوَدُ .

٨/٩١ ظ

فصل : والأفضلُ عند أبى عبد الله ، إخراجُ الحَبِّ ؛ لأنَّه يَخْرُجُ به مِن الخِلافِ ، وهى حالَةُ كَمالِه ، لأنَّه يُدَّخَرُ فيها ، ويَتَهَيَّأُ لمنافعِه كُلِّها ، بخِلافِ غيرِه . فإنْ أخْرَجَ

---

(١) فى الأصل : « دفعها » .

(٢) فى م : « فإذا » .

(٣-٣) فى ا ، ب ، م : « عن إلا » .

(٤) سورة المائدة ٨٩ .

دَقِيقًا جازَ ، لَكنْ يَزِيدُ على قَدْر[٥] المُدِّ قَدْرًا يَبْلُغُ المُدَّ حَبًّا ، أو يُخْرِجُه بالوَزْنِ ؛ لأنَّ للحَبِّ رَيْعًا ، فيكونُ فى مِكْيَالِ الحَبِّ أكثرُ ممَّا فى مِكْيالِ الدَّقِيقِ . قال الأَثْرَمُ : قيل[٦] لأبى عبدِ اللهِ : فيُعْطِى البُرَّ والدَّقِيقَ ؟ فقال : أمَّا الذى جاء فالبُرُّ ، ولكنْ إنْ أعطاهم الدَّقِيقَ بالوزنِ، جازَ . وقال الشَّافعىُّ : لا يُجْزِئُ ؛ لأنَّه ليس بحالِ الكَمالِ ، لأجْلِ ما يَفوتُ به مِن وُجُوهِ الانْتِفاعِ ، فلم يَجُزْ ، كالهَرِيسَةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . والدَّقِيقُ مِن أوْسَطِ ما يُطْعِمُه أهلَه ، ولأنَّ الدقيقَ أجْزاءُ الحِنْطَةِ ، وقد كَفاهم مُؤْنَتَه وطَحْنَه ، وهَيَّأَهُ وقَرَّبَه مِن الأكْلِ ، وفارَقَ الهَرِيسَةَ ، فإنَّها تَتْلَفُ على قُرْبٍ ، ولا يُمْكِنِ الانتفاعُ بها فى غيرِ الأكْلِ فى تلك الحالِ ، بخلافِ مَسْألتِنا . وعن أحمدَ ، فى إخراجِ الخُبْزِ رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، يُجْزِئُ. اختارَها الْخِرَقِىُّ . ونَصَّ عليه أحمدُ، فى روايةِ الأَثْرَمِ ، فإنَّه قال : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : رَجلٌ أخَذَ ثلاثةَ عشرَ رَطْلًا وثُلُثًا دَقِيقًا ، وهو كَفَّارةُ اليَمِينِ ، فَخَبَزَه للمساكِينِ ، وقَسَمَ الخُبْزَ على عشرةِ مَساكِينَ ، أيُجْزِئُه ذلك ؟ قال : ذلك أعْجَبُ إلَىَّ ، وهو الذى جاء فيه الحديثُ أنْ يُطْعِمَهم مُدَّ بُرٍّ ، وهذا إنْ فَعَلَ فأرجو أنْ يُجْزِئَه . قلتُ : إنَّما قال اللهُ تعالى : ﴿ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾ . فهذا قد أطْعَمَ عشرةَ مساكينَ، وأوْفاهم المُدَّ . قال : أرْجو أنْ /يُجْزِئَه . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشّافعىِّ . ٨/٩٢و ونَقَلَ الأَثْرَمُ، فى موضعٍ آخَرَ، أنَّ أحمدَ سأله رجلٌ عن الكَفَّارةِ، قال: أُطْعِمُهُمْ خُبْزًا وتَمْرًا؟ قال : ليس فيه تمرٌ . قال: فخُبْزٌ ؟ . قال: لا ، ولكنْ بُرًّا أو دَقِيقًا بالوزنِ، رَطْلٌ وثُلُث لكُلِّ مِسْكِينٍ. فظاهِرُ هذا أنَّه لا يُجْزِئُه . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه خَرَجَ عن حالةِ الكمالِ والادِّخارِ فأشْبَهَ الهَرِيسَةَ . والأوَّلُ أحْسَنُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . وهذا من أوْسَطِ ما يُطْعِمُ أهلَه ، وليس الادِّخارُ

---

(٥) سقط من: الأصل.

(٦) فى ب: « قلت » .

مقصودًا فى الكَفَّارةِ ، فإنَّها مُقَدَّرَةٌ بما يَقُوتُ المسكينَ فى يومِه ، فيَدُلُّ ذلك على أنَّ المَقْصودَ كِفَايَتُه فى يومِه ، وهذا قد هَيَّأه للأكلِ المُعْتادِ للاقْتِياتِ ، وكَفاهم مُؤْنَتَه ، فأشْبَهَ ما لو نَقَّى الحِنْطَةَ وغَسَلَها . وأمَّا الهَرِيسَةُ والكَبُولَا[7] ونَحْوُهما ، فلا يُجْزِئُ ؛ لأنهما خَرَجا عن الاقْتِياتِ المُعْتادِ إلى حَيِّزِ الإدامِ . وأمَّا السَّوِيقُ ، فالصَّحِيحُ أنَّه لا يُجْزِئُ ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أنْ يُجْزِئَ ؛ لأنَّه يُقْتاتُ فى بعضِ البُلْدانِ ، ولا يُجْزِئُه من الخُبْزِ والسَّوِيقِ أقَلُّ مِن شىءٍ يُعْمَلُ مِن مُدٍّ ، فإن أخَذَ مُدَّ حِنْطَةٍ ، أو رِطْلًا وثُلُثًا مِن الدَّقِيقِ ، وصَنَعَه خُبْزًا ، أجْزَأه . وقال الخِرَقِىُّ : يُجْزِئُه رِطْلانِ . قال القاضى : المُدُّ يَجِىءُ منه رِطْلانِ ؛ وذلك لأنَّ الغالِبَ أنَّ رِطْلَيْنِ من الخُبْزِ لا تَكونُ إلَّا مِن مُدٍّ ، وذلك بالرِّطْلِ الدِّمَشْقِىِّ خَمْسُ أواقٍ وأقَلُّ مِن خُمْسِ أُوقِيَّةٍ ، وهذا فى البُرِّ ، فأمَّا إنْ كان المُخْرَجُ مِن الشَّعِيرِ ، فلا يُجْزِئُه إلَّا ضِعْفُ ذلك ، على ما قَرَّرْنَاه .

فصل : ولا تُجْزِئُ القِيمَةُ فى الكَفَّارةِ . نَقَلَها المَيْمُونِىُّ ، والأثْرَمُ . وهو مذهبُ الشّافِعىِّ . وخَرَّجَ بعضُ أصحابِنا مِن كلامِ أحمدَ ، روايةً أُخرَى ، أنَّه يُجْزِئُه . وهو ما رَوَى الأثْرَمُ ، أنَّ رجلًا سأل أحمدَ ، قال : أعْطَيْتُ فى كَفَّارةٍ خَمْسَةَ دَوانِيقَ ؟ فقال : لو اسْتَشَرْتَنِى قَبْلَ أنْ تُعْطِىَ لم أُشِرْ عليك ، ولكنْ أعْطِ[8] ما بَقِىَ مِن الأثْمانِ على ما قلتُ لك . وسَكَتَ عن الذى أعْطَى . وهذا ليس بروايةٍ ، وإنَّما سَكَتَ عن الذى أعْطَى ؛ [لأنَّه][9] مُخْتَلَفٌ فيه ، فلم يَرَ التَّضْيِيقَ عليه فيه .

الأمرُ الثّالثُ ، أنَّ مُسْتَحِقَّ الكفّارةِ هم المساكينُ الذين يُعْطَوْنَ مِن الزَّكاةِ ، لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . والفقراءُ يَدْخُلُون فيهم ؛ لأنَّ فيهم المَسْكَنَةَ وزِيادَةً ، ولا خلافَ فى هذا . فأمَّا الأغْنِياءُ فلا حَقَّ لهم فى الكفّارةِ ، سواءٌ كانوا مِن أصنافِ الزَّكاةِ ، كالغُزاةِ والمُؤَلَّفةِ قُلوبُهم[10] / ، أو لم يَكُونوا ؛ لأنَّ

٨/٩٢ظ

(٧) الكبولا : العصيدة .
(٨) فى م زيادة : « على » .
(٩) تكملة لازمة .
(١٠) سقط من : الأصل ، ب ، م .

اللهَ تعالى خَصَّ بها المساكينَ ، واختلفَ أصحابُنا فى الْمُكاتَب ؛ فقال القاضى ، فى «الْمُجَرَّد » ، وأبو الخطَّابِ ، فى « الهِدايَةِ » : لا يجوز دَفْعُها إليه . وهو مذهبُ الشّافعىِّ . وقال الشَّريف أبو جعفرٍ ، وأبو الخطابِ ، فى «مسائِلِهما» : يجوزُ الدَّفْعُ إليه . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ مِن الزَّكاةِ لحاجتِه ، فأشْبَهَ المسكينَ . ووَجْهُ الأُولَى أنَّ اللهَ تعالى خَصَّ بها المساكينَ ، والْمُكاتَبون صِنْفٌ آخَرُ ، فلم يَجُز الدَّفْعُ إليهم ، كالغُزاة والْمُؤَلَّفة ، ولأَنَّ الكَفَّارةَ قُدِّرَتْ بقُوتِ يومٍ لكُلِّ مسكينٍ ، وصُرِفَت[11] إلى مَن يَحتاجُ إليها للاقْتِياتِ ، والمُكاتَبُ لا يَأْخُذُ لذلك، فلا يكون فى معنى المسكين. ويُفارِقُ الزَّكاةَ، فإنَّ الأغْنياءَ يَأْخُذُون منها، وهم الغُزَاةُ، والعامِلُون عليها[12]، والمُؤَلَّفةُ ، والغارِمُون ، ولأنَّه غَنِىٌّ بِكَسْبه أو بسَيِّده ، فأشْبَهَ العامِلَ . ولا خِلافَ بينهم فى أنَّه لا يَجوزُ دَفْعُها إلى عَبْدٍ ؛ لأنَّ نَفَقَتَه واجبةٌ على سَيِّده ، وليس هو مِن أصْنافِ الزَّكاةِ، ولا إلى أُمِّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها أَمَةٌ نَفَقَتُها على سَيِّدِها ، وكَسْبُها له ، ولا إلى مَن تَلْزَمُه نفقتُه . وقد ذكَرْنا ذلك فى الزَّكاة[13] ، وفى دَفْعِها إلى الزَّوْجِ وَجْهانِ ؛ بناءً على دَفْعِ الزَّكاةِ إليه . ولا يَجُوز دفعُها إلى كافرٍ . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وخَرَّجَ أبو الخَطَّابِ وجهًا فى إعْطائهم ، بناءً على الرِّوايةِ فى إعْتاقِهم . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ ﴾ . وأطْلَقَ ، فيَدْخُلون فى الإِطْلاق . ولَنا، أنَّه كافرٌ، فلم يَجز الدَّفْعُ إليه، كَمَساكينِ أهلِ الحربِ، وقد سَلَّمَه أصحابُ الرَّأْىِ، والآيةُ مَخْصُوصَةٌ بأهلِ الحربِ، فَنَقِيسُ عليهم سائِرَ الكُفَّارِ، ويجوز صَرْفُها إلى [14]الكبيرِ، والصَّغيرِ[14]، إنْ كان مِمَّن يَأْكُلُ الطَّعامَ. وإذا أرادَ صَرْفَه إلى الصَّغِير، فإنَّه يَدْفَعُه[15] إلى وَلِيِّه، يَقْبِضُ له؛ فإنَّ الصَّغيرَ لا يَصِحُّ منه القَبْضُ. فأمَّا مَن لا يَأْكُلُ الطَّعامَ،

---

(١١) فى ا : « فصرفت » .

(١٢) سقط من : الأصل ، ا .

(١٣) تقدم فى : ٩٨/٤ وما بعدها .

(١٤-١٤) فى م : « الصغير والكبير » .

(١٥) فى الأصل : « يدفع » .

فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا يجوزُ الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه لا يَأْكُلُه ، فيكونُ بمَنْزلِةِ دَفْعِ القِيمَةِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يُجْزِئُ ؛ لأنَّه مسكينٌ يُدْفَعُ إليه مِن الزَّكاةِ ، فأشْبَهَ الكَبِيرَ . وإذا قلنا : يَجُوزُ[16] الدَّفْعُ إلى المُكاتَبِ ، جاز للسَّيِّد الدَّفْعُ مِن كَفَّارَتِه إلى مُكاتَبِه ؛ لأنَّه يجوزُ أنْ يَدْفَعَ إليه مِن زَكاتِه .

فصل : ويجوزُ دَفْعُ الكَفَّارَةِ إلى مَن ظاهِرُه الفَقْرُ ، فإنْ بانَ غَنِيًّا ، فهل تُجْزِئُه ؟ فيه وَجْهانِ ؛ بناءً على الرِّوايَتَيْنِ فى الزَّكاةِ . وإن بانَ كافِرًا ، أو عَبْدًا ، لم يُجْزِئْه ، وَجْهًا واحدًا .

٨/٩٣و

١٣٢٢ – / مسألة ؛ قال : (وَمَنِ ابْتَدَأَ صَوْمَ الظِّهَارِ مِنْ أَوَّلِ شَعْبَانَ ، أَفْطَرَ يَوْمَ الْفِطْرِ ، وَبَنَى ، وَكَذَلِكَ إِنِ ابْتَدَأَ مِنْ أَوَّلِ ذِى الْحِجَّةِ ، أَفْطَرَ يَوْمَ النَّحْرِ وَأَيَّامَ التَّشْرِيقِ ، وَبَنَى عَلَى مَا مَضَى مِنْ صِيَامِهِ)

وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا تَخَلَّلَ صَوْمَ الظِّهارِ زمانٌ لا يَصِحُّ صَوْمُه عن الكَفَّارَةِ ، مِثْل أنْ يَبْتَدِئَ الصَّوْمَ مِن أَوَّلِ شعبانَ ، فيَتَخَلَّله رمضانُ ويومُ الفِطْرِ ، أو يَبْتَدِئَ مِن ذى الحِجَّة ، فيَتَخَلَّله يومُ النَّحْرِ وأيَّامُ التَّشْرِيق ، فإنَّ التَّتابُعَ لا يَنْقَطِع بهذا ، ويَبْنِى على ما مَضَى مِن صِيامِه . وقال الشَّافعىُّ : يَنْقَطِعُ التَّتابُعُ ، ويَلْزَمُه الاستئنافُ ؛ لأنَّه أفْطَرَ فى أثْناءِ الشَّهْرَيْنِ بما كان يُمْكِنُه التَّحَرُّزُ منه ، فأشْبَهَ ما[1] إذا أفطرَ بغيرِ[2] ذلك ، أو صامَ[3] عن نَذْرٍ ، أو كَفَّارَةٍ أُخْرَى . ولَنا ، أنَّه زمنٌ مَنَعَه الشَّرْعُ عن صومِه فى الكَفَّارةِ ، فلم يَقْطعِ التَّتابُعَ ، كالحَيْضِ والنِّفاسِ . [4]فإن قالوا : الحَيْضُ والنِّفاسُ[4] غيرُ مُمْكِنِ التَّحَرُّزُ منه . قُلْنا : قد يُمْكِنِ التَّحَرُّز مِن النِّفاسِ بأنْ لا تَبتدئَ الصَّوم فى حالِ الحَمْلِ ، ومِن الحَيْضِ

---

(١٦) فى ب : « بجواز » .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) فى ب : « لغير » .

(٣) فى ا زيادة : « نذرا وكفارة » .

(٤ – ٤) سقط من : ب . وفى م : « فإن قال : والحيض والنفاس » .

إذا كان طُهْرُها يَزِيد على الشَهْرينِ ، بأَنْ تَبْتدِئَ الصَّوْمَ عَقِيبَ طُهْرِها من الحَيْضَةِ ، ومع هذا فإنَّه لا يَنْقطِعُ التَّتابُعُ به ، ولا يجوز للمأْمُومِ مُفارَقَةُ إمامِه لغيرِ عُذْرٍ ، ويجوزُ أَنْ يَدْخُلَ معه المَسْبُوقُ فى أثناءِ الصَّلاةِ ، مع عِلْمِه بلُزومِ مُفارَقَتِه قبلَ إتْمامِها . ويَتَخَرَّجُ فى أيامِ التَّشْرِيقِ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَصُومُها عن الكَفَّارَةِ ، ولا يُفْطِرُ إلَّا يومَ النَّحْرِ وَحْدَه . فعلَى هذا ، إنْ أفْطَرَها اسْتَأْنَفَهُ[٥] ؛ لأنَّها أيامٌ أَمْكَنه[٦] صِيامُها فى الكَفَّارَةِ ، ففِطْرُها يَقْطَعُ التَّتابُعَ كغيرِها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إنِ ابْتَدَأ الصَّوْمَ مِن أوّلِ شعبانَ ، أجْزَأَهُ صَومُ شعبانَ عن شهرٍ ، ناقصًا كان أو تامًّا . وأمّا شَوَّالٌ ، فلا يجوزُ أنْ يَبْدَأَ به مِن أوَّلِه ؛ لأنَّ أوَّلَه يومُ الفِطْرِ ، وصومُه حرامٌ ، فيَشْرَعُ فى صَوْمِه مِن اليومِ الثَّانى ، ويُتَمِّمُ شهرًا بالعَدَدِ ثلاثين يومًا . وإنْ بَدَأ مِن أوَّلِ ذِى الحِجَّة إلى آخِرِ المُحَرَّمِ ، قَضَى أربعةَ أيامٍ ، وأجْزَأه ؛ لأنَّه بَدَأ بالشَّهْرَيْنِ مِن أوَّلِهما . ولو ابْتَدَأ صَوْمَ الشَّهْرينِ مِن يومِ الفِطْرِ ، لم يَصِحَّ صَوْمُ يومِ الفِطْرِ ، ويَصِحُّ[٧] صَوْمُ بَقِيَّةِ الشَّهْرِ ، وصَومُ ذِى القَعْدَةِ ، ويُحْتَسَبُ له بذى القَعْدَةِ ، ناقصًا كان أو تامًّا ؛ لأنَّه بَدَأه مِن أوَّلِه . وأَمَّا شَوَّالٌ ، فإنْ كان تامًّا صامَ يومًا مِن ذى الحِجَّة ، مكانَ يومِ الفِطْرِ ، وأجْزَأه ، وإنْ كان ناقصًا ، صامَ مِن ذِى الحِجَّة / يَوْمَيْنِ ؛ لأنَّه لم يَبْدَأْهُ مِن أوَّلِه . وإنْ بَدَأ بالصِّيامِ مِن أوَّلِ أيَّامِ التَّشْرِيقِ ، وقُلْنا : يَصِحُّ[٨] صَوْمُها عن الفَرْض . فإنَّه يُحْتَسَبُ له بالمُحَرَّم ، ويُكْمِلُ صومَ ذى الحِجَّة بِتَمامِ ثلاثينَ يومًا مِن صَفَرٍ . وإنْ قُلْنا : لا يَصِحُّ صَوْمُها عن الفَرْض . صَامَ مكانَها مِن صَفَرٍ .

٨/٩٣ ظ

فصل : ويجوزُ أنْ يَبْتَدِئَ صومَ الشَّهْرَيْنِ مِن أوَّلِ شَهْرٍ ، ومِن أثْنائِه ، لا نَعْلَمُ فى هذا خلافًا ؛ لأنَّ الشَّهْرَ اسمٌ لما بين الهِلَالَيْنِ ولثلاثينَ يوما ، فأيُّهما صامَ فقد أدَّى الواجبَ ، فإنْ بَدَأ مِن أوَّلِ شهرٍ ، فصامَ شهرينِ بالأَهِلَّة ، أجْزَأَهُ ذلك ، تامَّيْنِ كانا أو ناقِصَيْنِ ،

---

(٥) فى ا ، ب ، م : « استأنف » .
(٦) فى ا : « يمكنه » .
(٧) فى م : « وصح » .
(٨) سقط من : الأصل .

إجْماعًا . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، وأهلُ العِراقِ ، ومالكٌ فى أهلِ الحِجازِ ، والشَّافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيدٍ ، وغيرُهم ؛ لأنّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ . وهذان شهرانِ مُتَتابعانِ : وإنْ بَدَأَ مِن أثناءِ شهرٍ ، فصامَ سِتِّينَ يومًا . أجْزَأه ، بغيرِ خِلافٍ أيضًا . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجْمَعَ على هذا مَن نَحْفظُ عنه مِن أهلِ العلمِ . فأمَّا إنْ صامَ شهرًا بالهِلالِ ، وشهرًا بالعَدَدِ ، فصامَ خمسةَ عشرَ يومًا مِن المُحَرَّمِ ، وصَفَرَ[9] جميعَه ، وخمسةَ عشرَ يومًا[10] مِن ربيعٍ ، فإنَّه يُجْزِئُه ، سواءٌ كان صَفَرُ تامًّا أو ناقصًا ؛ لأنَّ الأصلَ اعتبارُ الشُّهُورِ بالأهِلَّة ، لكنْ تَرَكْناه فى الشَّهْرِ الذى بَدَأ مِن وَسَطِه لِتَعَذُّرِه ، ففى الشهرِ الذى أمْكَنَ اعتبارُه يَجِبُ أنْ يُعْتَبَرَ . وهذا مذهبُ الشّافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . ويَتَوَجَّه أنْ يُقال : لا يُجْزِئُه إلَّا شَهْرانِ بالعَدَدِ ؛ لأنَّنا لمَّا ضَمَمْنا إلى الخمسةَ عشرَ[11] من المُحَرَّمِ[11] خمسةَ عشرَ مِن صَفَر ، فصار ذلك شهرًا ، صار[12] ابتداءُ صومِ الشَّهْرِ الثَّانِى[13] مِن أثناءِ شهرٍ أيضًا . وهذا قولُ الزُّهْرِىِّ .

فصل : فإنْ نَوَى صومَ شهرِ رمضانَ عن الكَفَّارَةِ ، لم يُجْزِئْه عن رمضانَ ، ولا عن الكَفَّارَةِ ، وانْقَطَع التَّتابُعُ ، حاضرًا كان أو مسافرًا ؛ لأنَّه تَخَلَّلَ صومَ الكفَّارةِ فِطْرٌ غيرُ مَشْروعٍ . وقال مُجاهِدٌ ، وطَاوُسٌ : يُجْزِئُه عنهما . وقال أبو حنيفةَ : إنْ كان حاضرًا ، أجْزَأه عن رمضانَ دونَ الكفارةِ ؛ لأنَّ تَعْيِينَ النِّيَّةِ غيرُ مُشْتَرَطٍ لرمضانَ ، وإنْ كان فى سَفَرٍ ، أجْزَأهُ عن الكَفَّارَةِ دونَ رمضانَ . وقال صاحباه : يُجْزِئُ عن رمضانَ دونَ الكفَّارةِ ، سَفَرًا وحَضَرًا . ولَنا ، أنَّ رمضانَ مُتَعَيِّنٌ لصَوْمِه[14] ، مُحَرَّمٌ صومُه عن غيرِه .

---

(٩) منع صفر من الصرف على قول أبى عبيدة. انظر : تاج العروس (ص ف ر) ١٢/٣٣٠ ، ٣٣١ .
(١٠) سقط من : الأصل .
(١١ - ١١) سقط من : الأصل .
(١٢) فى ا ، م : « صام » .
(١٣) فى ب : « التالى » .
(١٤) فى الأصل : « لصوم » .

فلم يُجْزِئه عن غيرِه ، كيَوْمَى العِيدَيْنِ ، ولا يُجْزِئ عن رمضانَ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « إِنَّما الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وَإِنَّمَا لِامْرِئٍ/ مَا نَوَى »[١٥] . وهذا ما نَوَى رمضانَ ، فلا يُجْزِئُه ، ولا فرقَ بين الحَضَرِ والسَّفَر ؛ لأنَّ الزَّمانَ مُتَعَيِّن ، وإنَّما جازَ فِطْرُه فى السَّفَر رُخْصَةً ، فإذا تَكَلَّفَ وصامَ ، رَجَعَ إلى الأصلِ . فإنْ سافرَ فى رمضانَ المُتَخَلِّلِ لصَوْمِ الكَفَّارَةِ وأفطرَ ، لم يَنْقَطِعِ التَّتابُعُ ؛ لأنَّه زمنٌ لا يَسْتحِقُّ صَوْمَه عن الكَفَّارَةِ ، فلم يَنْقَطِعِ التَّتابُعُ بِفطْرِه كاللَّيْلِ .

٨/٩٤و

١٣٢٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ المُظَاهِرُ عَبْدًا ، لَمْ يُكَفِّرْ إِلَّا بِالصِّيَامِ ، وَإِذَا صَامَ ، فَلَا يُجْزِئُهُ إِلَّا شَهْرَانِ مُتَتَابِعَانِ)

قد ذَكَرْنا أنَّ ظِهارَ العَبْدِ صحيحٌ وكَفَّارتَه بالصِّيامِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾[١] . والعبدُ لا يَسْتطيعُ الإعْتاقَ ، فهو كالحُرِّ المُعْسِرِ ، وأسْوأُ منه حالًا ، وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا يُجْزِئه غيرُ الصِّيامِ ، سواءٌ أذِنَ له سَيِّدُه فى التَّكْفِيرِ[٢] بالعِتْقِ ، أو لم يَأْذَنْ[٣] . وحُكِىَ هذا عن الحسنِ ، وأبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، إنْ أذِنَ له سَيِّدُه فى التَّكفيرِ[٢] بالمالِ ، جازَ . وهو مذهبُ الأَوْزَاعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه بإذْنِ سَيِّدِه يَصِيرُ قادرًا على التَّكفيرِ بالمالِ ، فجازَ له ذلك ، كالحُرِّ . وعلى هذه الرِّوايةِ ، يجوزُ له التَّكْفيرُ بالإطعامِ عندَ العَجْزِ عن الصِّيامِ . وهل له العِتْقُ ؟ على رِوايتيْنِ ؛ إحْداهما ، [٤]لا يَجُوزُ[٤] . وحُكِىَ هذا عن مالكٍ ، وقال : أرجو أنْ يُجْزِئَهُ الإطْعامُ . وأنْكَرَ ذلك ابنُ القاسِمِ صاحبُه ، وقال : لا يُجْزِئُه إلَّا الصِّيامُ ؛ وذلك لأنَّ العِتْقَ يَقْتَضِى الوَلاءَ ، والوِلايةَ ، والإرْثَ ، وليس ذلك للعَبْدِ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، له العِتْقُ . وهو قولُ الأَوْزَاعِىِّ . واختارَها أبو بكرٍ ؛ لأنَّ مَن صَحَّ تَكْفِيرُه بالإطْعامِ ، صَحَّ

---

(١٥) تقدم تخريجه فى : ١٥٦/١ .

(١) سورة المجادلة ٤ .

(٢) فى ب : « بالتكفير » .

(٣) فى الأصل زيادة : « له » .

(٤ – ٤) سقط من : م .

بالعِتْقِ ، ولا يَمْتَنِعُ صِحَّةُ العِتْقِ مع انْتِفاءِ الإِرْثِ . كما لو أعْتَقَ مَن يُخالِفُه فى دِينِه ، ولأنَّ المَقْصودَ بالعِتْقِ إسْقاطُ المِلْكِيَّةِ عن العبدِ ، وتَمليكُه نَفْعَ نَفْسِه ، وخُلوصُه مِن ضَرَرِ الرِّقِّ ، وما يَحْصُلُ مِن تَوابعِ ذلك ليس هو المقصودَ ، فلا يَمْنَعُ من صِحَّتِه ما يَحْصُلُ منه المقصودُ ، لامْتناعِ بعضِ توابعِه . ووجهُ الأُولى ، أنَّ العبدَ مالٌ ، لا يَمْلِكُ المالَ ، فيَقَعُ تكْفيرُه بالمالِ بمالِ غيرِه ، فلم يُجْزِئْه ، كما لو أعْتَقَ عبدَ غيرِه عن[5] كَفَّارَتِه . وعلى كِلْتا الرِّوايتَيْنِ ، لا يَلْزَمُه التَّكْفيرُ بالمالِ ، وإنْ أذِنَ له سَيِّدُه فيه ؛ لأنَّ فَرْضَه الصِّيامُ ، فلم يَلْزَمْه غيرُه ، كما لو أذِنَ مُوسِرٌ لحُرٍّ مُعْسِرٍ فى التَّكْفيرِ مِن مالِه . ولو[6] كان عاجِزًا عن الصِّيامِ ، فأذِنَ له / سَيِّدُه فى التَّكْفيرِ بما شاءَ مِن العِتْقِ والإِطعامِ ، فإنَّ[7] له التَّكْفيرَ بالإِطعامِ ؛ لأنَّ مَن لا يَلزمُه الإِعْتاقُ مع قُدْرتِه على الصِّيامِ ، لا يَلزمُه مع عَجْزِه عنه ، كالحُرِّ المُعْسِرِ ، ولأنَّ عليه ضَرَرًا فى التزامِ المِنَّةِ الكَبيرةِ فى قَبُولِ الرَّقَبةِ ، ولا يَلزمُ مِثْلُ[8] ذلك فى الطَّعامِ ؛ لقِلَّةِ المِنَّةِ فيه . وهذا [9]فيما إذا[9] أذِنَ له سَيِّدُه فى التَّكْفيرِ قَبْلَ العَوْدِ ، فإنْ عادَ وَجَبَتِ الكَفَّارَةُ فى ذِمَّتِه ، ثم أذِنَ له سَيِّدُه فى التَّكْفيرِ ، انْبَنَى مع ذلك على أصلٍ آخَرَ ، وهو أنَّ التَّكْفيرَ هل هو مُعْتَبَرٌ بحالةِ الوُجُوبِ ، أو بأغْلَظِ الأحوالِ ؟ وسَنَذْكُرُ ذلك إنْ شاء اللهُ تعالى . وعلى كُلِّ حالٍ ، فإذا صامَ ، لا يُجْزِئُه إلَّا شهرانِ مُتَتابِعانِ ؛ لدُخولِه فى عمومِ قولِه تعالى : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ . ولأنَّه صَوْمٌ فى كَفَّارةٍ فاسْتَوَى فيه الحُرُّ والعبدُ ، ككَفَّارةِ اليمينِ . وبهذا قال الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وإسْحاقُ . ولا نَعْلَمُ لهم مُخالِفًا ، إلَّا ما رُوِىَ عن عطاءٍ ، أنَّه قال[10] : لو صامَ شهرًا ، أجْزَأه[11] . وقالَه النَّخَعِىُّ ، ثم رَجَع عنه إلى قولِ الجماعةِ .

٨/٩٤ ظ

فصل : والاعْتبارُ فى الكَفَّارةِ بحالةِ الوُجوبِ ، فى أظْهَرِ الرِّوايتَيْنِ ، وهو ظاهِرُ

---

(٥) فى ا ، م : « من » .
(٦) فى م : « وإن » .
(٧) فى ا : « كان » .
(٨) سقط من : الأصل .
(٩ - ٩) سقط من : الأصل .
(١٠) سقط من : ا ، ب ، م .
(١١) فى ب : « لأجزأه » .

كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه قال : إذا حَنِثَ وهو عَبْدٌ ، فلم يُكَفِّرْ حتى عَتَقَ ، فعليه الصَّوْمُ لا يُجْزِئُه غيرُه . وكذلك قال الأَثْرَمُ : سمعتُ أبا عبد الله يُسْأَلُ عن عبدٍ حَلَفَ على يَمِينٍ ، فَحَنِثَ فيها وهو عبدٌ ، فلم يُكَفِّرْ حتى عَتَقَ ، أيُكَفِّرُ كَفَّارَةَ حُرٍّ أو كفَّارةَ عبدٍ ؟ قال : يُكَفِّر كفارةَ عبدٍ ؛ لأنَّه إنَّما يُكفِّر ما وَجَبَ عليه يومَ حَنِثَ ، [12]لا يومَ حَلَفَ . قلتُ له : حَلَفَ وهو عبدٌ ، وحَنِثَ وَهو حُرٌّ ؟ قال : يومَ حَنِثَ[12] . واحْتَجَّ فقال : افْتَرَى وهو عبدٌ – أى[13] ثم أُعتِقَ – فإنَّما يُجْلَدُ جَلْدَ العبدِ . وهو أحدُ أقْوالِ الشَّافعىِّ . فعلَى هذه الرِّوايةِ يُعْتَبَرُ يَسارُه وإعْسارُه حالَ وُجوبِها عليه ، فإن كان مُوسِرًا حالَ الوجوبِ ، اسْتَقَرَّ وجوبُ الرَّقَبَةِ عليه ، فلم يَسْقُطْ بإعْسارِهِ بعدَ ذلك . وإن كان مُعْسِرًا ، فَفَرْضُه الصَّوْمُ ، فإذا أيْسَرَ بعدَ ذلك، لم يَلْزَمْه الانتقالُ إلى الرَّقَبَةِ . والرِّوايةُ الثَّانية ، الاعتبارُ بأغْلَظِ الأحْوالِ مِن حينِ الوُجوبِ إلى حينِ التَّكْفيرِ ، فمتى وَجد رَقَبَةً فيما بينَ الوُجوبِ إلى حينِ التَّكْفيرِ ، لم يُجْزِئْه إلَّا الإعْتاقُ . وهذا قولٌ ثانٍ للشَّافعىِّ ؛ لأنَّه حَقٌّ يَجِبُ فى الذِّمَّةِ بِوُجودِ مَالٍ ، فاعتُبِرَ فيه أغْلَظُ الحالَيْنِ كالحَجِّ . وله قولٌ ثالثٌ ، أنَّ الاعْتِبَارَ بحالةِ الأداءِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ؛ لأنَّه حقٌّ له بَدَلٌ مِن غيرِ جِنْسِه ، فكان الاعْتبارُ فيه بحالةِ الأداءِ ، كالوُضوءِ . ولَنا ، أنَّ الكفَّارَةَ تَجبُ على وجهِ / الطُّهْرَةِ ، فكان الاعْتبارُ فيها بحالةِ الوجوبِ[14] كالحدِّ ، أو نَقُولُ: مَن وَجَبَ عليه الصِّيامُ فى الكَفَّارَةِ ، لم يَلْزَمْه غيرُه ، كالعبدِ إذا أُعْتِقَ[15] ، ويُفارِقُ الوُضُوءَ ، فإنَّه لو تَيَمَّم ثم وَجَدَ الماءَ ، بَطَل تَيَمُّمُه ، وهٰهُنا لو صامَ، ثم قَدَر على الرَّقَبَة ، لم يَبْطُلْ صومُه ، وليس الاعتبارُ فى الوُضُوءِ بحالةِ الأداءِ ، فإنّ أداءَه فِعْلُه ، وليس الاعتبارُ به ، وإنَّما الاعْتبارُ بأداءِ الصَّلاةِ، وهى غيرُ الوُضُوءِ . وأمَّا الحَجُّ فهو عبادةُ العُمْرِ ، وجميعُه وقتٌ لها ، فمتى قَدَر عليه فى جُزْءٍ مِن وقتِه ، وَجَبَ ، بخلافِ مَسْألتِنا . ثم يَبْطُلُ ما ذكَرُوه بالعبدِ إذا عَتَقَ[15] ، فإنَّه لا يَلْزَمُه

٩٥/٨و

(١٢ – ١٢) سقط من: الأصل . نقل نظر .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « أعتق » .

الانْتِقالُ إلى العِتْقِ مع ما ذكرُوه . فإنْ قِيلَ : العبدُ لم يَكُنْ مِمَّن تَجِبُ عليه الرَّقَبَةُ ، ولا تُجْزِئُه ، فَلَمَّا لم تُجزِئْه الزِّيادَةُ ، لم تَلْزَمْه بتَغَيُّرِ الحالِ ، بخلافِ مَسْألتِنا . قُلْنا : هذا لا أثَرَ له . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه إذا أيْسَرَ ، فأَحَبَّ أنْ يَنْتَقِلَ إلى الإعْتاقِ ، جازَ له ، فى ظاهِرِ كلامِ الْخِرَقِىِّ ؛ فإنَّه قال : ومن دخَل فى الصَّوْمِ ، ثم قَدَر على الهَدْىِ ، لم يَكُنْ (١٦) له الانْتقالُ إليه (١٦) إلَّا أنْ يشاءَ . وهذا يَدُلُّ على أنَّه إذا شاء فله الانْتقالُ إليه ، ويُجْزِئُه ، إلَّا أن يكونَ الحانِثُ عبدًا ، فليس له إلَّا الصَّوْمُ وإنْ عَتَق . وهو قولُ الشَّافعىِّ ، على القولِ الذى تَوافَقْنا فيه ؛ وذلك لأنَّ العِتْقَ هو الأصلُ ، فوَجَبَ أنْ يُجْزِئَه كسائِرِ الأُصُولِ . فأمَّا إنِ اسْتَمَرَّ به العَجْزُ حتى شَرَعَ (١٧) فى الصِّيامِ ، لم يَلْزَمْه الانتقالُ إلى العِتْقِ . بغيرِ خلافٍ فى المذهبِ . وهو مذهبُ الشَّعْبِىِّ ، وقَتادَةَ ، ومالكٍ ، والأوْزاعِىِّ ، واللَّيْثِ ، والشَّافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ الْمُنْذِرِ . وهو أحدُ قَوْلَى الحسنِ . وذَهَبَ ابنُ سِيرِينَ ، وعطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمّادٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، إلى أنَّه يَلْزَمُه العِتْقُ ؛ لأنَّه قَدَرَ على الأصْلِ قَبْلَ أداءِ فَرْضِه بالبَدَلِ ، فلَزِمَه العَوْدُ إليه ، كالمُتَيَمِّمِ يَجِدُ الماءَ قبلَ الصَّلاةِ ، أو فى أثنائِها . ولَنا ، أنَّه لم يَقْدِرْ على العِتْقِ قبلَ تَلَبُّسِه بالصِّيامِ ، فلم يَسْقُطْ عنه ، كما لو اسْتَمَرّ العَجْزُ إلى بعدِ الفَراغِ ، ولا يُشْبِهُ الوُضُوءَ ، فإنَّه لو وَجَدَ الماءَ بعدَ التَّيَمُّمِ بَطَلَ ، وهٰهُنا بخلافِه ، ولأنَّه وَجَدَ الْمُبْدَلَ بعدَ الشُّرُوعِ فى صَوْمِ البَدَلِ . فلم يَلْزَمْه الانتقالُ (١٨) إليه ، كالمُتَمَتِّعِ يَجِدُ الهَدْىَ بعدَ الشُّرُوعِ فى صِيامِ السَّبْعَةِ .

فصل : إذا قُلْنا : الاعتبارُ بحالةِ الوُجوبِ ، فوَقْتُه فى الظِّهارِ زَمَنُ العَوْدِ ، لا وقتُ المُظاهَرَةِ ؛ لأنَّ الكَفَّارَةَ لا تَجِبُ / حتى يَعُودَ ، ووَقْتُه (١٩) فى اليَمينِ ، زمنُ الحِنْثِ ، لا وقتُ اليَمينِ ، وفى القَتْلِ زمنُ الزُّهُوقِ ، لا زمنُ الجَرْحِ ، وتقديمُ الكَفَّارَةِ قَبْلَ الوُجوبِ

٨/٩٥ظ

(١٦ - ١٦) فى ب ، م : « عليه الخروج » .

(١٧) فى ب : « يشرع » .

(١٨) فى م : « الانتقام » .

(١٩) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

تعجيلٌ لها قَبْلَ وجوبِها ، لوُجودِ سَبَبِها ، كتَعْجيلِ الزَّكاةِ قبلَ الحَوْلِ وبَعْدَ وُجوبِ النِّصابِ .

فصل : وإذا كان المُظاهِرُ ذِمِّيًّا ، فتَكْفيرُه بالعِتْقِ ، أو الإِطعامِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ منه فى غيرِ الكَفَّارَةِ ، فصَحَّ منه فيها ، ولا يجوزُ بالصِّيامِ ؛ لأنَّه عبادةٌ مَحْضَةٌ ، والكافرُ ليس مِن أهلِها ، ولأنَّه لا يَصِحُّ منه فى غيرِ الكفَّارَةِ ، فلا يَصِحُّ منه فيها ، ولا يُجْزِئُه فى العِتقِ إلَّا عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ، فإنْ كانت فى مِلْكِه ، أو وَرِثَها ، أجْزَأَتْ عنه ، وإنْ لم يَكُنْ كذلك ، فلا سبيلَ له إلى شراءِ رَقَبَةٍ مؤمنةٍ ؛ لأنَّ الكافرَ لا يَصِحُّ منه شراءُ المُسْلِمِ ، ويَتَعَيَّنُ تكفيرُه بالإِطعامِ ، إلَّا أنْ يَقُولَ لِمُسْلِمٍ : أَعْتِقْ عبدَك عن كَفَّارَتى ، وعَلَىَّ ثَمَنُه . فيَصِحُّ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . وإنْ أسْلَمَ الذِّمِّىُّ قبلَ التَّكْفيرِ بالإِطعامِ ، فحُكْمُه حكمُ العبدِ ، يَعْتِق قبلَ التَّكْفيرِ بالصِّيامِ ، على ما مَضَى ؛ لأنَّه فى معناه . وإنْ ظاهَرَ وهو مُسْلِمٌ ، ثم ارْتَدَّ ، فصامَ فى رِدَّتِه عن كَفَّارَتِه ، لم يَصِحَّ . وإنْ كَفَّرَ بعِتْقٍ أو إطعامٍ ، فقد أطلقَ أحمدُ القولَ أنَّه لا يُجْزِئُه . وقال القاضى : المذهبُ أنَّ ذلك موقوفٌ ، فإنْ أسْلَمَ تَبيَّنَّا أنَّه أجْزَأه ، وإنْ ماتَ أو قُتِلَ تَبيَّنَّا أنَّه لم يَصِحَّ منه ، كسائرِ تَصرُّفاتِه .

١٣٢٤ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ وَطِئَ قَبْلَ أَنْ يَأْتِىَ بِالْكَفَّارَةِ ، كَانَ عَاصِيًا ، وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ الْمَذْكُورَةُ**)

قد ذكَرْنا أنَّ المُظاهِرَ يَحْرُمُ عليه وَطْءُ زوجتِه قبلَ التَّكْفِيرِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى فى العِتقِ والصِّيامِ : ﴿ مِن قَبْلِ أن يَتَمَاسَّا ﴾[1] . فإنْ وَطِئَ عَصَى رَبَّه لمُخَالفةِ أمرِه ، وتَسْتَقِرُّ الكَفَّارَةُ فى ذِمَّتِه ، فلا تَسْقُطُ بعدَ ذلك بمَوْتٍ ، ولا طلاقٍ ، ولا[2] غيرِه ، وتَحْرِيمُ زوجتِه عليه باقٍ بحالِه ، حتى يُكَفِّرَ . هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وعَطاءٍ ، وطاوُسٍ ، وجابرِ بن زيدٍ ، ومُوَرِّقٍ العِجْلِىِّ[3] ، وأبى مِجْلَزٍ ،

(١) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) مورق بن مشمرج العجلى البصرى ، تابعى ، ثقة ، توفى بعد المائة . تهذيب التهذيب ١٠ / ٣٣١ .

والنَّخَعِيّ ، وعبد الله بن أُذَيْنَة ، ومالكٍ ، والثَّوْرِيّ ، والأوْزاعِيّ ، والشَّافعيّ ، وإسحاقَ ، وأبي ثَوْرٍ . ورَوَى الخَلّالُ ، عن الصَّلْتِ بن دِينارٍ ، قال : سألتُ عشرةً مِن الفقهاء عن المُظاهِرِ يُجامِعُ[4] قبلَ أنْ يُكَفِّر ؟ قالوا : ليس عليه إلّا كَفَّارَةٌ واحدةٌ . الحسن[5] ، وابن سِيرِينَ ، وبَكْر المُزَنِيّ ، ومُوَرِّق العِجْلِيّ ، وعطاء ، وطاوُس ، ومُجاهِد ، وعِكْرِمَة ، وقَتادَة ، وقال وَكِيعٌ[6] : و / أظُنُّ العاشِرَ نافعًا . وحُكِيَ عن عمرو بن العاصِ ، أنَّ عليه كفَّارَتَيْنِ. ورُوِيَ ذلك عن قَبِيصةَ ، وسعيدِ بن جُبَيْر ، والزُّهْرِيّ ، وقَتَادَةَ ؛ لأن الوَطْءَ[7] يُوجِبُ كَفَّارَةً ، والظِّهارُ مُوجِبٌ لأُخْرَى[8] . وقال أبو حنيفةَ : لا تَثْبُتُ الكفَّارةُ في ذِمَّتِه ، وإنَّما هي شَرْطٌ للإباحةِ بعدَ الوَطْءِ . كما كانت قبلَهُ . وحُكِيَ عن بعضِ النَّاسِ أنَّ الكفَّارةَ تَسْقُط ؛ لأنَّه فاتَ وقتُها ؛ لكَوْنِها وَجَبَتْ قبلَ المَسِيسِ . ولَنا ، حديثُ سَلَمَةَ بن صَخْرٍ حِينَ ظاهَرَ ثم وَطِئَ قبلَ التَّكْفِيرِ ، فأمَرَه النَّبيُّ ﷺ بكَفَّارةٍ واحدةٍ[9] . ولأنَّه وُجِدَ الظِّهارُ والعَوْدُ ، فيدخلُ في عُمومِ قوله : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾[10] . فأمَّا قولُهم : فاتَ وقتُها . فيَبْطُل بما ذكَرْناه ، وبالصَّلاةِ ، وسائرُ العباداتِ يَجِبُ قضاؤُها بعدَ فَواتِ وقتِها .

٨/٩٦و

١٣٢٥ ــ مسألة ؛ قال : **(وَإذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا : أنْتَ عَلَيَّ كَظَهْرِ أبِي . لَمْ تَكُنْ مُظاهِرَةً ، وَلَزِمَتْهَا كَفَّارَةُ الظِّهَارِ ؛ لأنَّهَا قَدْ أتَتْ بِالْمُنْكَرِ مِنَ الْقَوْلِ وَالزُّورِ)**

---

(٤) في ا : « يطأ زوجته » .

(٥) أي : العشرة هم ؛ الحسن ...

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « ولأن » .

(٨) في م : « للأخرى » .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(١٠) سورة المجادلة ٣ . ولم يرد : ﴿ مؤمنة ﴾ في : ا ، ب ، م .

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا قالتْ لزوجها : أنتَ عليَّ كَظَهْرِ أبى . (١أو قالتْ : إنْ تَزَوَّجْتُ فلانًا ، فهو عليَّ كظَهْرِ أبى١) . فليس ذلك بِظِهارٍ . قال القاضى : لا تَكونُ مُظاهِرَةً ، روايةً واحدةً . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم مالكٌ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْر ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الزُّهْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ : هو ظِهارٌ . ورُوِىَ ذلك عن الحَسَنِ ، والنَّخَعِىِّ ، إلَّا أنَّ النَّخَعِىَّ قال : إذا قالتْ ذلك بعد ما تُزَوَّجُ ، فليس بشىءٍ . ولعلَّهم يَحْتَجُّون بأنَّها أحَدُ الزَّوْجَيْن ظاهَرَ مِن الآخَرِ ، فكان مُظاهِرًا كالرَّجُلِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾[٢] . فَخَصَّهم بذلك ، ولأنَّه قولٌ يُوجِبُ تَحْرِيمًا فى الزَّوْجَة ، يَمْلِكُ الزَّوجُ رَفْعَه ، فاخْتَصَّ به الرَّجُلَ ، كالطَّلاقِ ، ولأنَّ الحِلَّ فى المرأةِ حَقٌّ للرَّجُل[٣] ، فلم تَمْلِكِ المرأةُ إزالتَه ، كسائرِ حُقوقِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فاخْتَلَفَ[٤] عن أحمدَ فى الكَفَّارَةِ ، فنَقَلَ عنه جماعةٌ : عليها كفَّارةُ الظِّهارِ . لما رَوَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه عن إبراهيمَ ، أنَّ عائشةَ بنتَ طَلْحَةَ قالتْ : إنْ تَزَوَّجْتُ مُصْعَبَ بن الزُّبَيْر ، فهو علىَّ كظَهْرِ أبى . فسألتْ أهلَ المدينةِ ، فرَأَوْا أنَّ عليها الكفَّارةَ . ورَوَى علىُّ[٥] بن مُسْهِرٍ ، عن الشَّيْبانِىِّ ، قال : كنتُ جالِسًا فى المسجدِ ، أنا وعبدُ اللهِ بن مُغَفَّل المُزَنِىّ ، فجاءَ رجلٌ حتى جلسَ إلينا ، فسألْتُه ؛ مَن أنتَ ؟ فقال : أنا مَوْلَى لعائشةَ بنت طَلْحَة ، التى[٦] / أعْتَقَتْنِى عن ظِهارِها ، خَطَبَها مُصْعَبُ بن الزُّبَيْر ، فقالت : هو علىَّ كظهرِ أبى إنْ تَزَوَّجْتُه . ثم رَغِبَتْ فيه بعْدُ[٧] ، فاسْتَفْتَتْ أصحابَ رسولِ اللهِ ﷺ ، وهم يومئذٍ كثيرٌ ، فأمَرُوها أنْ تَعْتِقَ رَقَبَةً وتَتَزَوَّجَه[٨] ،

٩٦/٨ ظ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، نقل نظر .
(٢) سورة المجادلة ٣ .
(٣) فى ا : « للزوج » .
(٤) أى : النقل .
(٥) فى الأصل ، ب ، م : « عن » خطأ . وانظر ترجمته فى : تهذيب التهذيب ٧ / ٣٨٣ .
(٦) فى ا : « الذى » .
(٧) سقط من : ب ، م .
(٨) فى ا ، ب : « وتزوجه » .

فأعْتَقَتْنِى وتَزَوَّجَتْه . ورَوَى سعيدٌ[٩] هٰذيْـنِ الخبرَيْـنِ مُخْتَصَرَيْـنِ ، ولأنَّهـا زَوْجٌ أتَـى بالمُنْكَرِ مِن القَوْلِ والزُّور ، فلَزِمَه كَفَّارَةُ الظِّهارِ كالآخَرِ ، ولأنَّ الواجبَ كفَّارةُ يَمِينٍ ، فاسْتَوَى فيها الزَّوْجانِ ، كاليمينِ باللهِ تعالى . والرِّوايةُ الثَّانية : ليس عليها كفَّارةٌ . وهو قولُ مالكٍ ، والشَّافعىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه قَوْلٌ مُنْكَرٌ وزُورٌ ، وليس بِظِهارٍ ، فلم يُوجب كفَّارةً ، [١٠] كالسَّبِّ والقَذْف . ولأنَّه قولٌ ليس بظهارٍ ، فلم يُوجب كفَّارةَ [١٠] الظِّهارِ ، كسائرِ الأقوالِ ، أو تحريمٌ ممَّا لا يَصِحُّ منه الظِّهارُ ، فأشْبَهَ الظِّهارَ مِن أَمَتِه . والرِّوايةُ الثَّالثةُ : عليها كَفَّارَةُ اليمينِ . قال أحمدُ : [١١] قد ذَهَبَ [١١] عَطاءٌ مذهبًا حَسَنًا ، جَعَلَه بمنزلةِ مَن حَرَّمَ على نفسِه شيئًا مِثْلَ الطَّعامِ وما أشْبَهَ . وهذا أقْيَسُ على مذهبِ أحمدَ ، وأشْبَهُ بأصُولِه ؛ لأنَّه ليس بظِهارٍ ، ومُجَرَّدُ القولِ مِن المُنْكَر والزُّور لا يُوجِبُ كفَّارةَ الظِّهارِ ، بدليلِ سائرِ الكَذِب ، والظِّهارِ قبلَ العَوْد ، والظِّهارِ مِن أَمَتِه وأُمِّ وَلَدِه ، ولأنَّه تحريمٌ لا يُثْبِتُ التَّحْريمَ فى المَحَلِّ ، فلم يوجِبْ كفَّارةَ الظِّهارِ ، كتَحْرِيمِ سائرِ الحَلالِ . ولأنَّه ظهارٌ مِن غيرِ امرأتِه ، فأشْبَهَ الظِّهارَ مِن أمَتِه ، وما رُوِىَ عن عائشةَ بنت طلحةَ ، فى عِتْقِ الرَّقَبةِ ، فيَجُوزُ أنْ يكُونَ إعْتاقُها تكْفِيرًا ليمينِها ، فإنَّ عِتْقَ الرَّقَبةِ أحَدُ خِصالِ كَفَّارةِ اليمينِ ، ويَتَعَيَّنُ حَمْلُه على هذا ؛ لكَوْنِ[١٢] الموجودِ منها ليس بظِهارٍ ، وكلامُ أحمدَ ، فى روايةِ الأثْرَمِ ، لا يَقْتَضِى وُجوبَ كفَّارَةِ الظِّهارِ ، إنَّما قال : الأحْوَطُ أنْ تُكَفِّرَ . وكذا حكاه ابنُ المُنْذِر . ولا شَكَّ فى أنَّ الأحْوطَ التَّكْفيرُ بأغْلَظِ الكَفَّاراتِ ، ليَخْرُجَ مِن الخلافِ ، [١٣] ولكنْ ليس [١٣] ذلك بواجبٍ عليه ؛ لأنَّه ليس بمَنْصُوصٍ عليه ، ولا هو فى

---

(٩) فى : باب ما جاء فى ظهار النساء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ١٩ .

كما أخرج الأول عبد الرزاق فى : باب ظهارها قبل نكاحها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٤٤ .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل ، ب . نقل نظر .

(١١ - ١١) فى ا : « وذهب » .

(١٢) فى ا : « ليكون » .

(١٣ - ١٣) فى ب : « وليس » .

معنى المَنْصُوصِ ، وإنَّما هو تحْريمٌ للحلالِ مِن غيرِ ظِهارٍ ، فأشْبَهَ ما لو حَرَّم أَمَتَه ، أو طعامَه . وهذا قولُ عَطاءٍ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإذا قُلْنا بُوجوبِ الكَفَّارَةِ عليها ، فلا تَجِبُ عليها حتى يَطأَها وهي مُطاوِعَةٌ ، فإنْ طَلَّقَها ، أو ماتَ أحدُهما قبلَ وَطْئِها ، أو أكْرَهَها[١٤] على الوَطْءِ ، فلا كَفَّارَةَ عليها ؛ لأنَّها يَمِينٌ ، فلا تَجِبُ كفَّارتُها قبلَ الحِنْثِ فيها ، كسائِرِ الأيْمانِ . ولا يَجِبُ تقديمُها قبلَ المَسِيسِ ، / ككَفَّاراتِ سائرِ الأيْمانِ ، ويجوزُ تقديمُها لذلك[١٥] ، وعليها تَمْكينُ زوجِها مِن وَطْئِها قبلَ التَّكْفِيرِ ؛ لأنَّه حَقٌّ له عليها ، فلا يَسْقُطُ بيَمِينِها ، ولأنَّه ليس بظِهارٍ ، وإنَّما هو تحْريمٌ لحَلَالٍ ، فلا يُثْبِتُ تحْريمًا ، كما لو حَرَّمَ طعامَه . وحُكِيَ أنَّ ظاهرَ كلامِ أبي بكرٍ ، أنَّها لا تُمَكِّنُه قبلَ التَّكْفيرِ ، إلْحاقًا بالرَّجُلِ . وليس ذلك بجَيِّدٍ ؛ لأنَّ الرَّجُلَ الظِّهارُ منه صحيحٌ ، ولا يَصِحُّ ظِهارُ المرأةِ ، ولأنَّ الحِلَّ حَقُّ الرجلِ[١٦] ، فمَلَكَ رَفْعَه ، والحِلُّ حَقٌّ عليها ، فلا تَمْلِكُ إزالتَه . واللهُ أعلمُ .

٩٧/٨ و

١٣٢٦ – مسألة ؛ قال : (وإذَا ظَاهَرَ مِنْ زَوْجَتِهِ مِرارًا ، فَلَمْ يُكَفِّرْ ، فكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ)

هذا ظاهرُ المذهبِ ، سَواءٌ كان في مَجْلسٍ أو مَجالِسَ ، يَنْوِي بذلك التَّأْكِيدَ ، أو الاسْتِئْنافَ ، أو أطْلَقَ . نَقَلَه عن أحمدَ جَماعةٌ . واخْتارَه أبو بكرٍ ، وابنُ حامِدٍ ، والقاضي[١] . ورُوِيَ ذلك عن عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وبه قال عَطاءٌ ، وجابرُ بن زيدٍ ، وطاوُسٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، ومالِكٌ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ . وهو قولُ الشَّافعيِّ القَدِيمُ . ونُقِلَ عن أحمدَ ، في مَن حَلَفَ أيْمانًا كثيرة ، فإنْ أرادَ تأْكيدَ اليَمِينِ ، فكفَّارةٌ واحدةٌ . فمَفْهومُه أنَّه إنْ نَوَى الاسْتِئْنافَ فكفَّارتانِ . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ في الجديدِ . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : إنْ كان في مجلسٍ واحدٍ ، فكفَّارةٌ واحدةٌ ، وإنْ

---

(١٤) في النسخ : « إكراهها » .

(١٥) في ب : « كذلك » .

(١٦) في ا : « للرجل » .

(١) سقط من : ب .

كان فى مجالِسَ ، فكَفَّارَاتٌ . ورُوِىَ ذلك عن عَلِىٍّ ، وعمرو بن دِينارٍ ، وقَتادَةَ ؛ لأنَّه قولٌ يُوجِبُ تحْريمَ الزَّوْجَة ، فإذا نَوَى الاسْتِئْنافَ تَعَلَّق بكُلِّ مَرَّةٍ حُكْمُ حالِهَا[2] ، كالطَّلاقِ . ولَنا ، أنَّه قولٌ لم يُؤَثِّر تحْريمًا فى الزَّوْجَةِ ، فلم تَجِبْ به كفَّارةُ الظِّهارِ ، كاليمينِ باللهِ تعالى ، ولا يَخْفَى أنَّه لم يُؤَثِّر تحْريمًا ، فإنَّها قد حُرِّمَتْ بالقولِ الأوَّلِ ، ولم يَزِدْ تحريمُها ، ولأنَّه لفظٌ يَتعَلَّقُ به كفَّارةٌ ، فإذا كَرَّره كَفاهُ كَفَّارةٌ[3] واحدةٌ ، كاليَمِينِ باللهِ تعالى[4] . وأمَّا الطَّلاقُ ، فما زادَ عن الثَّلاثِ[5] ، لا يَثْبُتُ له حُكْمٌ بالإِجْماعِ ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذكَرُوه . وأمَّا الثَّالثةُ ، فإنَّها تُثبِتُ تحريمًا زائدًا ، وهو التَّحريمُ قبلَ زَوْجٍ وإصابَةٍ ، بخلافِ الظِّهارِ الثَّانى ، فإنه لا يَثْبُتُ به تحريمٌ ، فنَظِيرُه ما زادَ على الطَّلْقَةِ الثَّالثةِ ، لا يَثْبُتُ له حُكْمٌ ، فكذلك الظِّهارُ الثَّانى . فأمَّا إنْ كَفَّر عن الأوَّلِ ، ثم ظاهَرَ ، لَزِمَتْه للثانى كفَّارةٌ ، بلا خلافٍ ؛ لأنَّ الظِّهارَ الثَّانىَ مِثْلُ الأوَّلِ ، فإنَّه حَرَّم الزَّوْجَةَ المُحَلَّلَةَ[6] ، فأوْجَبَ الكَفَّارَةَ كالأوَّلِ ، بخلافِ ما قبلَ التَّكْفيرِ .

/**فصل** : والنِّيَّةُ شَرْطٌ فى صِحَّة الكَفَّارَةِ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ »[7] . ولأنَّ العِتْقَ يَقَعُ مُتَبَرَّعًا به ، وعن كفَّارةٍ أُخْرَى ، أو نَذْرٍ ، فلم يَنْصَرِفْ إلى هذه الكفَّارةِ إلَّا بنِيَّةٍ ، وصِفَتُها أنْ يَنْوِىَ العِتْقَ ، أو الصِّيامَ ، أو الإطعامَ عن الكَفَّارَةِ ، فإن[8] زادَ الواجبةَ كان تأْكيدًا ، وإلَّا أجْزَأَتْ نِيَّتُه الكفَّارةَ . وإنْ نَوَى وُجُوبَها ، ولم يَنْوِ الكفَّارَةَ ، لم يُجْزِئْه ؛ لأنَّ الوُجوبَ يَتنَوَّعُ عن كفَّارةٍ ونذرٍ ، فوَجَبَ تَمْيِيزُه . ومَوْضِعُ النِّيَّةِ مع التَّكْفيرِ ، أو قَبْلَه بيَسِيرٍ . وهذا الذى نَصَّ عليه الشَّافعىُّ ، وقال به بعضُ أصحابِه . وقال بعضُهم : لا يُجْزِئ حتى يَسْتَصْحِبَ النِّيَّةَ ، وإنْ كانتِ الكفَّارةُ صيامًا

٨/٩٧ظ

---

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى ب زيادة : « قال » .

(٥) فى ب ، م : « ثلاث » .

(٦) فى م : « المحلة » .

(٧) تقدم تخريجه فى : ١٥٦/١ .

(٨) فى ب : « فإذا » .

اشْتُرِطَ نِيَّةُ الصِّيامِ عن الكفَّارةِ فى كلِّ لَيلةٍ ؛ لقوله ﷺ : « لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ »[٩] . وإن اجْتَمَعَتْ عليه كفَّاراتٌ مِن جنسٍ واحدٍ ، لم يَجبْ تَعْيينُ سَبَبِها . وبهذا قال الشّافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ولا نعلمُ فيه مُخالِفًا . فعلى هذا ، لو كان مُظاهِرًا مِن أربعِ نِساءٍ ، فأعْتَقَ عبدًا عن ظِهارِهِ ، أجْزَأه عن إحْداهُنَّ ، وحَلَّتْ له واحدةٌ غيرُ مُعَيَّنَة ؛ لأنَّه واجبٌ مِن جنسٍ واحدٍ ، فأجْزَأَتْه نِيَّةٌ مُطْلَقَةٌ ، كما لو كان عليه صومُ يَوْمَينِ مِن رمضانَ . وقياسُ المذهبِ أنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ ، فَتخْرُجَ بالقُرْعَةِ المُحَلَّلَةُ مِنهنَّ . وهذا قولُ أبى ثَوْرٍ . وقال الشّافعىُّ : له أنْ يَصْرِفَها إلى أيَّتِهنَّ شاءَ ، فتَحِلَّ . وهذا يُفْضِى إلى أنه يَتخَيَّرُ بينَ كونِ هذه المرأةِ مُحَلَّلَةً له ، أو مُحَرَّمَةً عليه . وإنْ كان الظِّهارُ مِن ثَلاثِ نِسْوَةٍ ، فأعْتَقَ عبدًا عن إحْداهُنَّ ، ثم صام شَهْرينِ مُتَتابِعَيْنِ[١٠] عن أُخْرَى ، ثم مَرِضَ ، فأَطْعَمَ سِتِّينَ مسكينًا عن أُخْرَى ، أجْزَأه ، وحَلَّ له الجميعُ ، مِن غيرِ قُرْعَةٍ ولا تَعْيينٍ . وبهذا قال الشّافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال أبو ثَوْرٍ : يُقْرِعُ بينَهُنَّ ، فمن تَقَعُ لها القُرْعَةُ ، فالعِتْقُ لها ، ثم يُقْرِع بينَ الباقِيَتَيْنِ ، فمَنْ تَقَعُ لها القُرْعَةُ فالصِّيامُ لها ، والإطعامُ عن الثّالثةِ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدةٍ مِن هذه الخِصالِ لو انْفَرَدَتْ ، احْتاجَتْ إلى قُرْعَةٍ ، فكذلك إذا اجْتَمَعَتْ . ولَنا ، أنَّ التَّكْفيرَ قد حَصَلَ عن الثَّلاثِ ، وزالت حُرْمَةُ الظِّهارِ ، فلم يَحْتَجْ إلى قُرْعَةٍ ، كما لو أعْتَقَ ثلاثةَ أعْبُدٍ[١١] عن ظِهارِهِنّ دَفْعَةً واحدةً .

٩٨/٨ و

فأمّا إنْ كانت الكفّارةُ مِن أجْناسٍ ؛ كظِهارٍ ، وقَتْلٍ ، وجماعٍ / فى رمضانَ ، ويَمِينٍ ، فقال أبو الخطّابِ : لا يَفْتَقِرُ إلى تَعْيينِ السَّبَبِ . وهذا مذهبُ الشّافعىِّ ؛ لأنها عبادةٌ واجبةٌ ، فلم تَفْتَقِرْ صِحَّةُ أدائِها إلى تَعْيينِ سَبَبِها ، كما لو كانتْ مِن جنسٍ واحدٍ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أنْ يَشْتَرِطَ تَعْيينَ سببِها ، ولا تجْزِئ بنِيَّةٍ[١٢] مُطْلَقَةٍ . وحَكاه أصحابُ

---

(٩) تقدم تخريجه فى : ٤ / ٣٣٤ .
(١٠) سقط من : الأصل ، ب .
(١١) سقط من : ب .
(١٢) فى م : « نية » .

الشَّافعيُّ عن أحمدَ . وهو مذهبُ أبي حنيفة ؛ لأَنَّهما عِبادتانِ مِن جِنْسين ، فوَجَبَ تعْيينُ النِّيَّةِ لهما ، كما لو وَجَبَ عليه صومٌ مِن قضاءٍ ونَذْرٍ ، فعلى هذا لو كانتْ عليه كفَّارةٌ واحدةٌ ، لا يُعْلَمُ سَبَبُها ، فكَفَّرَ كفَّارةً واحدةً ، أجْزَأه ، على الوَجْهِ الأوَّلِ . قالَه أبو بكرٍ . وعلى الوجهِ الثَّاني ، يَنبغي أنْ يَلْزَمَه التَّكْفيرُ بعَدَدِ أسبابِ الكفَّاراتِ ، كُلُّ واحدةٍ عن سَبَبٍ ، كمَنْ نَسِيَ صلاةً مِن يومٍ لا يَعلمُ عينَها ، فإنَّه يَلْزَمُه خمسُ صلواتٍ ، ولو علمَ أنَّ عليه صومَ يومٍ ، لا يَعلمُ أمِن قضاءٍ هو ، أو نَذْرٍ ، لَزِمَه صومُ يَوْمَيْنِ . فإنْ كان عليه صومُ ثلاثةِ أيَّامٍ ، لا يَدْرِى أهي مِن كفَّارةِ يَمينٍ ، أو قضاءٍ ، أو نذرٍ ، لَزِمَه صومُ تِسْعةِ أيَّامٍ ، كُلُّ ثلاثةٍ عن واحدةٍ مِن الجهاتِ الثَّلاثِ .

فصل : وإذا كانتْ على رَجُلٍ كفَّارتانِ ، فأعْتَقَ عنهما عَبْدَيْنِ ، لم يَخْلُ مِن أربعةِ أحوالٍ ؛ أحدها ، أنْ يَقُولَ : أعْتَقْتُ هذا عن هذه الكفَّارةِ ، وهذا عن هذه . فيُجْزِئُه ، إجماعًا . الثاني ، أن يقولَ : أعتقتُ هذا عن إحْدَى الكفَّارَتَيْنِ ، وهذا عن الأُخْرَى . مِن غيرِ تَعيينٍ ، فيُنْظَرُ ؛ فإنْ كانا مِن جِنْسٍ واحدٍ ، ككفَّارَتَىْ ظِهارٍ ، أو كفَّارَتَىْ قَتْلٍ ، أجْزَأه . وإنْ كانَا[13] مِن جِنْسَيْنِ ، ككفَّارةِ ظهارٍ ، وكفَّارةِ قَتْلٍ ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْنِ في اشْتِراطِ تَعْيينِ السَّبَبِ ؛ إنْ قُلْنا : يُشْتَرَطُ . لم يُجْزِئْه واحدٌ منهما . وإنْ قُلْنا : لا يُشْتَرَطُ . أجْزَأهُ عنهما . الثّالثُ ، أنْ يَقُولَ : أعْتَقْتُهما عن الكفَّارتينِ . فإنْ كانتا مِن جِنْسٍ واحدٍ[14] أجْزَأَ عنهما ، ويَقَعُ كُلُّ واحدٍ عن كفَّارةٍ ، لأنَّ[15] عُرْفَ الشَّرْعِ والاسْتعمالِ إعتاقُ الرَّقَبَةِ عن الكفّارةِ ، فإذا أطْلَقَ ذلك ، وَجَبَ حَمْلُه عليه ، وإنْ كانتا مِن جنسينِ ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْنِ . الرَّابعُ ، أنْ يَعْتِقَ كُلَّ واحدةٍ عنهما جميعًا ، فيَكونَ مُعْتِقًا عن كُلِّ واحدةٍ مِن الكفَّارتينِ نِصْفَ العَبْدَيْنِ ، فيَنْبَنِى ذلك على أصلٍ آخَرَ ، وهو إذا أعْتَقَ نصفَ رقبتَيْنِ عن كفَّارةٍ ، هل يُجْزِئُه أو لا ؟ فعلى قوْلِ الْخِرَقِيِّ يُجْزِئُه ؛ لأنَّ

---

(13) في م : « كانتا » .
(14) سقط من : الأصل ، ب .
(15) في م : « ولأن » .

٨/٩٨ظ الأشقاصَ بمنزلةِ /الأشْخاصِ ، فيما لا يَمْنَعُ منه العَيْبُ اليسيرُ ، بدليلِ الزّكاةِ ، فإنَّ مَن مَلَكَ نصفَ ثمانينَ شاةً ، كان بمنزلةِ مَن مَلَكَ أربعينَ ، ولا تَلْزَمُ الأُضْحِيَةُ ، فإنَّه يَمْنَعُ منه العَيْبُ اليَسِيرُ . وقال أبو بكرٍ ، وابنُ حامدٍ : لا يُجْزِئُه . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ما أُمِرَ بصَرْفِه إلى شَخْصٍ فى الكفَّارةِ ، لم يَجُزْ تَفْريقُه على اثنَيْنِ ، كالمُدِّ فى الإطْعامِ ولأصْحابِ الشّافعىِّ كهذَيْنِ الوَجْهينِ ، ولهم وجهٌ ثالثٌ ، وهو أنَّه إنْ كان باقِيهما حُرًّا أجْزَأ[١٦] ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه متى كان باقيهما حُرًّا، حَصَلَ تَكْمِيلُ الأحْكامِ والتَّصرُّفِ . وخَرَّجَه القاضى وَجْهًا لنا أيضًا ، إلَّا أنَّ للمُعْتَرِضِ عليه أنْ يقولَ : إنَّ تكْميلَ الأحْكامِ ما حَصَلَ بعِتْقِ هذا ، وإنَّما حَصَلَ بانْضِمامِه إلى عِتْقِ النِّصْفِ الآخرِ ، فلم يُجْزِئْه . فإذا قُلْنا : لا يُجْزِئُ عِتْقُ النِّصْفينِ . لم يُجْزِئْ فى هذه المسألةِ عن شيءٍ مِن الكفَّارتَيْنِ . وإنْ قُلْنا : يُجْزِئُ . وكانت الكفَّارتانِ مِن جنسٍ[١٧] ، أجْزَأَ العِتْقُ عنهما . وإنْ كانتا مِن جِنْسَيْنِ ، فقد قِيلَ : يُخَرَّجُ على الوَجْهينِ . والصَّحِيحُ أنَّه يُجْزِئُ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ عِتْقَ النِّصْفِين عنهما كعِتْقِ عَبْدَيْنِ عنهما .

فصل : ولا يجوزُ تَقْديمُ كفَّارةِ الظِّهارِ قَبْلَه ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يَجُوزُ تقديمُه على سَبَبه ، فلو قال لعبدِه : أنت حُرٌّ السَّاعةَ عن ظِهارِى إنْ تَظَهَّرْتُ[١٨] . عَتَقَ ، ولم يُجْزِئْه عن ظِهارِه إنْ ظَاهَرَ[١٩] ؛ لأنَّه قَدَّم الكفَّارةَ على سَبَبِها المُخْتَصِّ ، فلم يَجُزْ ، كما لو قَدَّمَ كفَّارةَ اليمينِ عليها ، أو كفَّارةَ القتلِ على الجَرْحِ . ولو قال لامرأتِه : إنْ دَخَلْتِ الدّارَ فأنتِ عَلَىَّ كظهرِ أُمِّى . لم يَجُزِ التّكفيرُ قبلَ دُخولِ الدَّارِ ؛ لأنَّه تقديمٌ للكفَّارةِ قبلَ الظِّهارِ . فإنْ أعْتَقَ عبدًا عن ظِهارِه ، ثم دَخَلَت الدَّارَ ، عَتَقَ العبدُ ، وصارَ مُظاهِرًا ، ولم يُجْزِئْه ؛ لأنَّ الظِّهارَ مُعَلَّق على شرطٍ ، فلا يُوجَدُ قبلَ وُجودِ شَرْطِه . وإنْ قال لعبدِه : إنْ ظاهَرْتُ[٢٠] ، فأنتَ حُرٌّ عن ظِهارِى . ثم قال لامرأتِه : أنتِ علىَّ كظهرِ أُمِّى . عَتَقَ العبدُ ، لوُجودِ

---

(١٦) سقط من : ب .
(١٧) فى ب زيادة : « آخر » .
(١٨) فى م : « ظاهرت » .
(١٩) فى الأصل ، ا : « يظهر » .
(٢٠) فى الأصل ، ا : « تظهرت » .

الشَّرْطِ ، وهل يُجْزِئُه عن الظِّهارِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يُجْزِئُه ؛ لأنَّه [(21] عَتَقَ بعدَ الظِّهارِ ، وقد نَوَى إعْتاقَه عن الكفَّارةِ . والثّانى ، لا يُجْزِئُه [21)] ؛ لأنَّ عِتْقَه مُسْتَحَقٌّ بسَبَبٍ آخَر ، وهو الشَّرْطُ ، ولأنَّ النِّيَّةَ لم تُوجَدْ عندَ عِتْقِ العبدِ[22] ، والنِّيَّةُ عندَ التَّعْليقِ لا تُجْزِئُ ؛ لأنَّه تقْديمٌ لها على سَبَبِها . وإنْ قال لعبدِه : إنْ ظاهَرْتُ[23] فأنتَ حُرٌّ عن ظِهارِى . فالحُكْمُ فيه كذلك ؛ لأنَّه تعليقٌ لعِتْقِه على المُظاهَرَةِ .

(21 – 21) سقط من : الأصل .

(22) فى الأصل : « التعليق » . وفى ا : « عتق » . وفى م : « العتق » .

(23) فى الأصل ، ا ، ب : « يظاهر » .

٨/٩٩و

/ كتابُ اللِّعان

وهو مُشْتَقٌّ مِن اللَّعْنِ ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ مِن الزَّوْجَيْنِ يَلْعنُ نَفْسَه فى الخامسةِ إنْ كان كاذبًا . وقال القاضى : سُمِّىَ بذلك لأنَّ الزَّوْجينِ لا يَنْفكَّانِ مِن أنْ يَكُونَ أحدُهما كاذبًا ، فتَحْصُلُ اللَّعْنَةُ عليه ، وهى الطَّرْدُ والإِبْعادُ . والأصلُ فيه قولُ الله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ الآيات[1] . وروَى سَهْلُ بنُ سَعْدٍ السَّاعِدِىُّ ، أنَّ عُوَيْمِرًا العَجْلَانِىَّ ، أتَى رسولَ الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، أرَأيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مع امرأتِه رجلًا فيَقْتُلُه[2] فتَقْتُلُونَه ، أم كيف يَفْعَلُ ؟ فقال رسولُ الله ﷺ : « قَدْ أنْزَلَ اللهُ[3] فِيكَ وَفِى صَاحِبَتِكَ ، فَاذْهَبْ فَائْتِ بِهَا » . قال سَهْلٌ : فَتَلاعَنَا ، وأنا مع النَّاسِ عندَ رسولِ الله ﷺ ، فلمَّا فَرَغا ، قال عُوَيمِرٌ : كَذَبْتُ عليها يا رسولَ الله إنْ أمْسَكْتُها . فطَلَّقَها ثلاثًا (٤قبلَ أنْ يأمُرَه٤) رسولُ اللهِ ﷺ . مُتَّفَقٌ عليه[5] . وروَى أبو داودَ[6] ، بإسْنادِه عن ابن عباس ، رَضِىَ الله عنهما ، قال : جاء هِلَالُ بن أُمَيَّةَ ، وهو أحَدُ الثَّلاثةِ الذين تابَ الله عليهم ، فجاء مِن أرْضِه عِشاءً ، فوَجَدَ عندَ أهلِه رَجُلًا ، فرَأى بعَيْنَيْهِ ، وسَمِعَ بأُذُنَيْه ، فلم يَهِجْهُ[7] حتى أصْبَحَ ، ثم غَدَا على رسولِ الله ﷺ فقال : يا رسولَ الله ، إنِّى جئتُ أهْلِى ، فوجدْتُ عندَهم رجلًا ، فرأيتُ بعينى ، وسمعتُ بأُذُنِى .

---

(١) من السادسة إلى التاسعة من سورة النور .

(٢) فى ب : « فقتله » . وفى الصحيحين : « أيقتله » .

(٣) لم يرد فى : ب . وفى صحيح مسلم : « قد نزل فيك » .

(٤ – ٤) فى م : « بحضرة » .

(٥) تقدم تخريجه فى : ١٠ / ٣٣٠ .

(٦) تقدم تخريجه ، فى : ٨ / ٣٧٣ .

(٧) فى م : « يهجبه » . ولم يهجه : أى لم يزعج هلال ذلك الرجل ولم ينفره .

فكَرِهَ رسولُ اللهِ ﷺ ما جاء به ، واشْتَدَّ عليه ، فنزلتْ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ (٨أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ٨) ﴾ الآيتَيْنِ كِلْتَيْهِمَا(٩) فسُرِّىَ عن رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : « أَبْشِرْ يَا هِلَالُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَكَ فَرَجًا وَمَخْرَجًا » . قال هلالٌ : قد كنتُ أرْجُو ذلك مِن ربِّى تبارَكَ وتعالَى . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَرْسِلُوا إِلَيْهَا » . (١٠فأرْسَلُوا إليها١٠) ، فتلَاها عليهما(١١) رسولُ اللهِ ﷺ ، وذَكَّرَهما ، وأخْبَرَهما أنَّ عذابَ الآخِرَةِ أشَدُّ مِن عذابِ الدُّنيا . فقال هلالٌ : واللهِ لقد صَدَقْتُ عليها . فقالت : كَذَبَ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَاعِنُوا بَيْنَهُمَا » . فقِيلَ لهِلَالٍ : اشْهَدْ . فشَهِدَ أربعَ شَهاداتٍ باللهِ إنَّه لَمِنَ الصَّادقين ، فلمَّا كانتِ الخامسةُ قيل : يا هلالُ ، اتَّقِ اللهَ ، فإنَّ عذابَ الدُّنيا أهْوَنُ / مِن عذابِ الآخِرَةِ ، وإنَّ هذه المُوجِبَةُ التى تُوجِبُ عليك العَذَابَ . فقال : واللهِ لا يُعَذِّبُنى اللهُ عليها ، كما لم يجْلدنى عليها . فشَهِدَ الخامسةَ أنَّ لعنةَ اللهِ عليه إنْ كان مِنَ الكاذِبين . ثم قِيلَ لها : اشْهَدِى . فشَهِدَتْ أربعَ شهاداتٍ باللهِ إنَّه لَمِنَ الكاذِبين ، فلمَّا كانتِ الخامسةُ قيل لها : اتَّقِى اللهَ ، فإنَّ عذابَ الدُّنيا أهْوَنُ مِن عذابِ الآخِرَةِ ، وإنَّ هذه المُوجِبَةُ التى تُوجِبُ عليكِ العذابَ . فتَلَكَّأَتْ ساعةً ، ثم قالتْ : واللهِ لا أفْضَحُ قومى . فشَهِدَتِ الخامسةَ ، أنَّ غَضَبَ اللهِ عليها إنْ كان مِن الصَّادقين . ففَرَّقَ رسولُ اللهِ ﷺ بينَهما ، وقَضَى أنْ لا بَيْتَ لها عليه ، ولا قُوتَ ، مِن أجْلِ أنَّهما يتفَرَّقان(١٢) مِن غيرِ طَلَاقٍ ، ولا مُتَوَفًّى عنها ، وقال : « إِنْ جَاءَتْ بِهِ أُصَيْهِبَ أُرَيْصِحَ(١٣) أُثَيْبِجَ(١٤) حَمْشَ(١٥) السَّاقَيْنِ ، فَهُوَ

٩٩/٨ ظ

(٨–٨) ورد فى ا وحدها .

(٩) فى ا ، ب ، م : « كليهما » .

(١٠–١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى الأصل ، ا ، ب : « عليهم » . والمثبت فى : م ، وسنن أبى داود .

(١٢) فى ا ، م : « يفترقان » .

(١٣) فى ا ، ب ، م : « أويضح » . والأريصح : تصغير الأرصح ، وهو خفيف الأليتين .

(١٤) الأثيبج : تصغير الأثبج ، وهو الناتئ الثبج وهو ما بين الكاهل ووسط الظهر .

(١٥) فى م : « أحمش » . وحمش الساقين : دقيقهما .

لِهِلَالٍ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ[16] جَعْدًا[17] جُمَالِيًّا[18] خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ[19] سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ ، فَهُوَ لِلَّذِى رُمِيَتْ بِهِ » . فجاءت به أَوْرَقَ ، جَعْدًا ، جُمَالِيًّا ، خَدَلَّجَ السَّاقين ، [20] سَابِغَ الأَلْيَتَيْنِ [20] ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَوْلَا الْأَيْمَانُ ، لَكَانَ لِى وَلَهَا شَأْنٌ » . قال عِكْرِمَةُ : فكانَ بعد ذلك أميرًا على مُضَر[21] ، وما يُدْعَى لأبٍ[22] . ولأنَّ الزَّوْجَ يُبْتَلَى بقَذْفِ امرأتِه لِيَنْفِىَ العارَ والنَّسَبَ الفاسِدَ ، وتَتَعَذَّرُ عليه البَيِّنَةُ ، فجُعِلَ اللِّعانُ بَيِّنَةً له ، ولهذا لمَّا نَزَلَتْ آيةُ اللِّعانِ ، قال النَّبىُّ ﷺ : « أَبْشِرْ يَا هِلَالُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَكَ فَرَجًا وَمَخْرَجًا » .

١٣٢٧ – مسألة ؛ قال أبو القاسِمِ ، رحمه الله : (**وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ الْبَالِغَةَ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ ، فَقَالَ لَهَا : زَنَيْتِ . أَوْ : يَا زَانِيَةُ . أَوْ : رَأَيْتُكِ تَزْنِينَ . وَلَمْ يَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ ، لَزِمَهُ الْحَدُّ ، إِنْ لَمْ يَلْتَعِنْ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا**) .

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فُصُولٍ :

أحدُها ، فى صِفَةِ الزَّوْجَيْنِ اللَّذَيْنِ يَصِحُّ اللِّعانُ منهما[1] . وقد اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ فيهما ، فرُوِىَ أنَّه يَصِحُّ مِن كُلِّ زَوْجَيْنِ مُكَلَّفَيْنِ ، سَواءٌ كانا مُسْلِمَيْنِ أو كافِرَيْنِ ، أو عَدْلَيْنِ أو فاسِقَيْنِ ، أو مَحْدُودَيْنِ فى قَذْفٍ ، أو كان أحدُهما كذلك . وبه قال سعيدُ ابن المُسَيَّب ، وسليمانُ بن يَسَارٍ ، والحَسَنُ ، ورَبِيعَةُ ، ومالكٌ ، وإسحاقُ . قال أحمدُ ، فى روايةِ إسحاق[2] بن منصورٍ : جميعُ الأزواجِ يَلْتَعِنُون ؛ الحُرُّ مِنَ الحُرَّةِ والأَمَةِ

---

(١٦) الأورق : الأسمر .

(١٧) الجعد من الشعر : خلاف السبط والقصير منه .

(١٨) الجمالى : الضخم الأعضاء التام الأوصال .

(١٩) خدلج الساقين : ممتلئهما وعظيمهما .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : ب .

(٢١) فى النسخ : « مصر » . والمثبت من سنن أبى داود .

(٢٢) فى الأصل ، ا ، م : « الأب » .

(١) فى ب ، م : « بينهما » .

(٢) سقط من : ب ، م .

٨/١٠٠و

إذا كانت زَوْجَةً ، [٣]وكذلك العَبْدُ مِن الحُرَّةِ والأَمَـةِ إذا كانت زَوْجَـةً[٣] ، وكذلـك / المُسْلِمُ مِن الْيَهُودِيَّةِ والنَّصْرَانِيَّة . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى : لا يَصِحُّ اللِّعانُ إلَّا مِن زَوْجَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، عَدْلَيْنِ ، حُرَّيْـنِ ، غيـرِ مَحْدُودَيْـنِ في قَذْفٍ . ورُوِىَ هذا عن الزُّهْرِيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، والأَوْزاعِيِّ ، وحَمّادٍ ، وأَصْحابِ الرَّأْىِ . وعن مَكْحُولٍ : ليس بينَ المُسْلِمِ والذِّمِّيَّةِ لِعانٌ . وعن عطاءٍ ، والنَّخَعِيِّ ، في الْمَحْدُودِ في الْقَذْفِ : يُضْرَبُ الحَدَّ ، ولَا يُلَاعِـنُ . ورُوِىَ فيـه حديثٌ لا يَثْـبُـتُ . كذلك[٤] قال الشَّافِعِـيُّ ، والسَّاجِيُّ[٥] . ولأنَّ[٦] اللِّعانَ شَهادةٌ ، بدليلِ قوله سبحانه : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ ﴾[٧] . فاسْتَثْنَى أنفسَهُم مِن الشُّهداء . وقال تعالى : ﴿ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِـمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍ ﴾[٧] . فلا يُقْبَلُ مِمَّن ليس مِن أهلِ الشهادةِ . وإنْ كانت المرأةُ مِمَّن لا يُحَدُّ بقَذْفِها ، لم يَجِبِ اللِّعانُ ؛ لأنَّه يُرَادُ لإسْقاطِ الْحَدِّ ، بدليـلِ قولـه تعـالى : ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا الْعَذَابَ أن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَـٰدَاتٍ بِاللهِ ﴾[٨] . ولا حَدَّ ههُنا ، فيَنْتَفِى اللِّعانُ لانْتِفَائِه . وذكَر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » أنَّ مَن لا يَجِبُ الْحَدُّ بقَذْفِهَا ، وهى الأَمَةُ ، والذِّمِّيَّةُ ، والْمَحْدُودَةُ فى الزِّنَى ، لِزَوْجِها لِعانُها ؛ لِنَفْيِ الْوَلَدِ خاصَّةً ، وليس له لِعانُها لإسْقاطِ القَذْفِ والتَّعْزِير ، لأنَّ الحَدَّ لا يَجِبُ ، واللِّعانُ إنَّما يُشْرَعُ لإسْقاطِ حَدٍّ ، أو نَفْيِ وَلَدٍ ، فإذا لم يكنْ واحدٌ منهما لم يُشْرَعِ اللِّعانُ . ولَنا ، عُمومُ قولِه تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾[٧] . الآيةُ ، ولأنَّ اللِّعانَ يَمِينٌ ، فلا يَفْتَقِرُ إلى ما شَرَطُوه ، كسائِرِ الأَيْمـانِ ، ودليـلُ أنَّـه يَمِيـنٌ قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « لَوْلَا الْأَيْمَـانُ ، لَكَـانَ لِى وَلَهَـا شَأْنٌ »[٩] .

(٣ – ٣) سقط من : ب .

(٤) فى ب ، م : « وكذلك » .

(٥) زكريا بن يحيى بن عبد الرحمن الساجى الحافظ ، كان من الثقات الأئمة ، وله كتاب « اختلاف الفقهاء » ، توفى سنة سبع وثلاثمائة . ترجمه السبكى ، فى طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٢٩٩ – ٣٠١ .

(٦) سقطت الواو من : م .

(٧) سورة النور ٦ .

(٨) سورة النور ٨ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ٨/٣٧٣ .

وأنَّه يَفْتَقِر إلى اسْمِ اللهِ تعالى ، ويَسْتَوِى فيه الذَّكَرُ والأُنثى . وأمَّا تسْمِيَتُه شهادةً ، فلقَوْلِه فى يَمِينه : أشْهَدُ باللهِ . فسَمَّى ذلك شهادةً وإن كان يَمِينًا ، كما قال تعالى : ﴿ إِذَا جَاءَكَ الْمُنَٰفِقُونَ قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ ﴾[10] ولأنَّ الزَّوْجَ يَحْتاجُ إلى نَفْيِ الوَلَدِ ، فيُشْرَعُ له طريقًا إلى نَفْيِه ، كما لو كانتِ امرأتُه مِمَّن يُحَدُّ بقَذْفِها . وهذه الرِّوايةُ هى المنصوصةُ عن أحمدَ ، فى روايةِ الجماعةِ . وما يُخالِفها شَاذٌّ فى النَّقْلِ . وأمَّا قولُ الْخِرَقِىِّ : وإذا قَذَفَ زوجتَه البالغةَ الحُرَّةَ المسلمةَ . فيَحْتَمِلُ أنَّه شَرَطَ هذا لوُجوبِ الحَدِّ عليه ، لا لِنَفْيِ اللِّعان . ويَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ هذا شَرْطًا عنده فى الْمَرْأةِ ، لتَكُونَ مِمَّن يَجِبُ عليه الحَدُّ بقَذْفِها ، فيَنْفِيَه باللِّعان ، ولا يُشْتَرَطُ فى الزَّوْجِ شىءٌ مِن ذلك ؛ لأنَّ الحَدَّ يَجِبُ عليه بقَذْفِ المُحْصَنَةِ ، وإنْ / كان ذِمِّيًّا أو فاسِقًا . فأمَّا قولُه : مُسْلِمًا كان أو كافرًا . ففيه نَظَرٌ ؛ لأنَّه أوْجبَ عليه بقَذْفِ زَوْجتِه المُسْلِمَةِ ، والكافِرُ لا يَكُون زوجًا لمسلمةٍ ، فيَحْتاجُ إلى تَأْوِيلِ لَفْظِه بحَمْلِه على أحَد شَيْئَيْنِ ؛ أحدِهما : أنَّه أرادَ أنَّ الزَّوْجَ يُلاعِنُ زَوْجتَه ، وإنْ كان كافرًا ، فرَدَّ ذلك إلى اللِّعانِ ، لا إلى[11] الْحَدِّ . الثَّانى ، أنَّه أرادَ ما إذا أسْلَمَتْ زوجتُه ، فقذَفها فى عِدَّتِها ، ثم أسْلَمَ الزَّوْجُ ، فإنه يُلاعِنُ .

٨/١٠٠ ظ

فصل : ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الزَّوجةِ مَدْخُولًا بها ، أو غيرَ مَدْخُولٍ بها ، فى أنَّه يُلاعِنُها . قال ابنُ المُنْذِر : أجْمعَ على هذا كُلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن علماءِ الأمصارِ ؛ منهم عطاءٌ ، والحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وعمرو بن دِينارٍ ، وقَتادَةُ ، ومالكٌ ، وأهلُ المدينةِ ، والثَّوْرِىُّ ، وأهلُ العراقِ ، والشَّافِعِىُّ ، بظَاهرِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . فإنْ كانت غيرَ مَدْخُولٍ بها ، فلها نصفُ الصَّداقِ ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ منه[12] . كذلك قال الحَسَنُ ، وسعيدُ بن جُبَيْرٍ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ . وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، لا صَداقَ لها ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ حَصَلَت بِلعانِهِما جميعًا ، فأشْبَهَ الفُرْقَةَ لعَيْبٍ فى أحَدِهما .

---

(١٠) سورة المنافقون ١ .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى ب : « منها » .

فصل : فإنْ كان أحَدُ الزَّوجينِ غيرَ مُكَلَّفٍ ، فلا لِعانَ بينهما ؛ لأنَّه قولٌ تَحْصُلُ به الفُرْقةُ ، ولا يَصِحُّ مِن غيرِ مُكَلَّفٍ ، كالطَّلاقِ ، أو يَمِينٌ ، فلا تَصِحُّ مِن غيرِ الْمُكَلَّفِ[١٣] ، كسائِرِ الأيْمانِ . ولا يخْلُو غيرُ المُكَلَّفِ مِن أنْ يَكُونَ الزَّوجَ ، أو الزَّوجةَ ، أو هُمَا ؛ فإنْ كان الزَّوجَ فله حالانِ ؛ أحدُهما ، أنْ يَكُونَ طِفْلًا . والثّانى ، أنْ يَكُون بالغًا زائِلَ العَقْلِ . فإنْ كان طِفْلًا لم يَصِحَّ منه القَذْفُ ، ولا يَلْزَمُه به حَدٌّ ؛ لأنَّ القَلَمَ مَرْفُوعٌ عنه ، وقولَه غيرُ مُعْتَبَرٍ ، وإنْ أتَتِ امرأتُه بوَلَدٍ ؛ نَظَرْنا ، فإنْ كان لِدُونِ عشرِ سِنِين ، لم يَلْحَقْه الوَلَدُ ، ويَكونُ مَنْفِيًّا عنه ؛ لأنَّ العِلْمَ يُحِيطُ بأنَّه ليس منه ، فإنَّ اللهَ عَزَّ وجَلَّ لم يُجْرِ العادَةَ بأنْ يُولَدَ له لدُونِ ذلك ، فيَنْتَفِى عنه ، كما لو أتَتْ به[١٤] المَرْأةُ لدونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ منذ تَزَوَّجَها . وإنْ كان ابنَ عشرٍ[١٥] فصاعِدًا ، فقال أبو بكرٍ : لا يُلْحَقُ به إلَّا بعدَ البُلُوغِ أيضًا ؛ لأنَّ الوَلَدَ لا يُخْلَقُ إلا مِن ماءِ الرَّجُلِ والمرأةِ ، ولو أنْزَلَ لَبَلَغَ . وقال ابنُ حامِدٍ : يُلْحَقُ به . قال القاضى : وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الوَلَدَ يُلْحَقُ بالإمكانِ ، وإنْ خالَفَ الظَّاهِرَ ، ولهذا لو أتَتْ بولدٍ لِستَّةِ أشْهُرٍ مِن حِينِ العَقْدِ ، لَحِقَ بالزَّوْجِ ، وإنْ كان خلافَ الظَّاهِرِ ، وكذلك يُلْحَقُ به إذا أتَتْ / به لأربعِ سِنِينَ ، مع نُدْرَتِه . وليس له نَفْيُه فى الحالِ ، حتى يُتَحَقَّقَ بُلُوغُه بأحَدِ أسبابِ البُلُوغِ ، فله نَفْىُ الوَلَدِ أو اسْتِلْحاقُه[١٦] . فإنْ قِيلَ : فإذا ألْحقْتُم به الوَلَدَ ، فقد حَكَمْتُم بِبُلُوغِه ، فهلَّا سَمِعْتُم نَفْيَه ولِعانَه ؟ قُلْنا : إلْحاقُ الولدِ يَكْفِى فيه الإمْكانُ ، والبُلُوغُ لا يَثْبُتُ إلَّا بسَبَبٍ ظاهِرٍ ، ولأنَّ إلْحاقَ الولدِ به حَقٌّ عليه ، واللِّعانُ حَقٌّ له ، فلم يَثْبُت مع الشَّكِّ . فإنْ قيل : فإنْ لم يَكنْ بالغًا انْتَفى عنه الوَلَدُ ، وإنْ كان بالغًا انْتَفى عنه باللِّعانِ[١٧] . قُلْنا : إلَّا أنَّه لا يَجوزُ أنْ يَبْتَدِئَ اليمينَ مع الشَّكِّ فى صِحَّتِها ، فسَقَطَتْ

١٠١/٨ و

---

(١٣) فى الأصل : « مكلف » .

(١٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٥) فى ا زيادة : « سنين » .

(١٦) فى م : « واستلحاقه » .

(١٧) فى ب ، م : « اللعان » .

للشَّكِّ فيها. الثّانى، إذا كان زائلَ العَقْلِ لجُنُونٍ[18]، فلا[19] حُكْمَ لِقَذْفِه؛ لأنَّ القَلَمَ عنه مرفوعٌ أيضًا، وإنْ أتَتِ امرأتُه بولدٍ، فنَسَبُه لاحِقٌ به لإمْكانِه، ولا سبيلَ إلى نَفْيِه مع زَوالِ عَقْلِه، فإذا عقَل، فله نَفْىُ الوَلَدِ حينئذٍ واستِلْحاقُه. وإنِ ادَّعَى أنَّه كان ذاهبَ العقلِ حِينَ قَذفه، وأنْكرَتْ ذلك، ولأحدِهما بَيِّنةٌ بما قال، ثَبَتَ قولُه. وإنْ لم يَكُن لواحِدٍ منهما بَيِّنةٌ، ولم يَكُنْ له حالةٌ عُلِمَ فيها زَوالُ عقلِه، فالقولُ قولُها مع يَمِينِها؛ لأنَّ الأصلَ والظاهِرَ الصِّحَّةُ والسَّلامةُ. وإنْ عُرِفَتْ له حالةُ جُنُونٍ، ولم تُعرَفْ له حالةُ إفاقةٍ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه، وإنْ عُرِفَت له حالةُ جنونٍ وحالةُ إفاقةٍ، ففيه وَجْهانِ؛ أحدُهما، القولُ قولُها. قال القاضى: هذا قياسُ قولِ أصحابِنا فى المَلْفوفِ إذا ضَرَبَه فقَدَّه، ثم ادَّعَى أنَّه كان مَيِّتًا، وقال الوَلِىُّ: كان حَيًّا. والوجهُ الثّانى، أنَّ القولَ قولُه؛ لأنَّ الأصلَ بَراءةُ ذِمَّتِه مِن الْحَدِّ، فلا يَجبُ بالشَّكِّ، ولأنَّ الحَدَّ يَسْقُطُ بالشُّبْهةِ، ولا يُشْبِهُ هذا الْمَلْفُوفَ، لأنَّ الملفوفَ قد عُلِم أنَّه كان حَيًّا، ولم يُعْلَم منه ضِدُّ ذلك، فنَظِيرُه فى مَسْألتِنا أنَّه يُعْرَفُ له حالةُ إفاقةٍ، ولا يُعْلَم منه ضِدُّها، وفى مَسْألتِنا قد تَقَدَّم له حالةُ جنونٍ، فيَجوزُ أنْ تَكُونَ قد استَمَرَّتْ إلى حِينِ قَذْفِه. وأمَّا إنْ كانتِ الزَّوجةُ غيرَ مُكَلَّفةٍ، فقَذَفَها الزَّوْجُ؛ نَظَرْنا، فإنْ كانت طِفْلةً لا يُجامَعُ مِثْلُها، فلا حَدَّ على قاذِفِها؛ لأنَّه قولٌ يُتَيَقَّن كذبُه فيه، وبَراءةُ عِرْضِها منه، فلم يَجب به حَدٌّ كما لو قال: أهلُ الدُّنيا زُناةٌ. ولكِنَّه يُعَزَّرُ للسَّبِّ، لا للقَذْفِ، ولا يُحتاجُ فى التَّعْزِيرِ إلى مُطالَبةٍ؛ لأنَّه مَشْرُوعٌ لتأْديبِه، وللإمامِ فِعْلُه إذا رأى ذلك. فإنْ كانت يُجامَعُ مثلُها، كابنةِ/ تسع سِنينَ، فعليه الحَدُّ، وليس لوَلِيِّها ولا لها المطالبةُ به حتى تَبْلُغَ، فإذا بَلَغَتْ فطالبتْ، فلها الحَدُّ، وله إسْقاطُه باللِّعانِ، وليس له لِعانُها قبلَ البُلوغِ؛ لأنَّ اللِّعانَ يُرادُ لإسْقاطِ الحَدِّ أو نَفْىِ الوَلَدِ، ولا حَدَّ عليه قبلَ بُلوغِها، ولا وَلَدَ فيَنْفِيَه، فإنْ أتَتْ بوَلَدٍ حُكِمَ ببُلوغِها؛ لأنَّ الحَمْلَ أحَدُ أسْبابِ البلوغِ، ولأنَّه لا يَكُونُ إلَّا مِن نُطْفَتِها، فمِن ضَرورتِه إنزالُها، وهو مِن أسبابِ بُلُوغِها.

٨/١٠١ ظ

---

(١٨) فى ا: «بجنون».

(١٩) فى ب، م: «فلأن».

وإنْ قَذَفَ امرأتَه المجنونةَ بزِنًى أضَافَه إلى حالِ إفاقَتِها ، أو قَذَفَها وهى عاقِلَةٌ ، ثم جُنَّت ، لم يَكُنْ لها المُطالبةُ ، ولا لِوَلِيِّها قَبْلَ إفاقَتِها ؛ لأنَّ هذا طريقُه التَّشَفِّى ، فلا يَنُوبُ عنه الوَلِىُّ فيه ، كالقصاصِ ، فإذا أفاقَتْ فلها المُطالَبَةُ بالْحَدِّ ، وللزَّوْجِ إسْقاطُه باللِّعانِ ، وإنْ أرادَ لِعانَها فى حالِ جُنونِها ، ولا وَلَدَ يَنْفِيه ، لم يَكُنْ له ذلك ؛ لعدَمِ الحاجَةِ إليه ، لأنَّه لم يَتَوَجَّهْ عليه حَدٌّ فيُسْقِطَه ، ولا نَسَبٌ فيَنْفِيَهُ . وإنْ كان هناكَ وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَه ، فالذى يَقْتضِيه المذهبُ أنَّه لا يُلاعِن ، ويَلْحَقُه الوَلَدُ ؛ لأنَّ الولدَ إنَّما يَنْتَفِى باللِّعانِ مِن الزَّوْجَيْنِ ، وهذه لا يَصِحُّ منها لِعانٌ . وقد نَصَّ أحمدُ ، فى الخَرْساءِ ، أنَّ زوجَها لا يُلاعِنُ . فهذه أوْلَى . وقال الخِرَقِىُّ فى العاقِلَةِ : لا يُعْرَضُ له حتى تُطالِبَه زَوْجته . وهذا قولُ أصْحابِ الرَّأىِ ؛ لأنَّها أحَدُ الزَّوْجَين ، فلم يُشْرَع اللِّعانُ مع جُنونِه[20] ، كالزَّوْجِ ، ولأنَّ لِعانَ الزَّوجِ وحدَه لا يَنْتَفِى به الوَلَدُ ، فلا فائدةَ فى مَشْروعِيَّتِه . وقال القاضى : له أنْ يُلاعِنَ لنَفْيِ الوَلِدِ ؛ لأنَّه مُحْتاجٌ[21] إلى نَفْيِه ، فيُشْرَعُ[22] له طريقٌ إلى نَفْيِه . وقال الشّافِعِىُّ : له أنْ يُلاعِنَ . وظاهِرُ مذهبه أنَّ له لِعانَها مع عَدَمِ الوَلَدِ ، لدُخُولِه فى عُمُومِ قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . ولأنَّه زَوْجٌ مُكَلَّفٌ ، قاذِفٌ لامرأتِه ، التى يُولَدُ لِمثْلِها ، فكان له أنْ يُلاعِنَها ، كما لو كانت عاقِلَةً .

فصل : فأمَّا الأخْرَسُ والخَرْساءُ ؛ فإنْ كانا غيرَ مَعْلُومَىِ الإشارَةِ والكِتابَةِ ، فهما كالْمَجْنُونَيْنِ فيما ذكَرْناه ؛ لأنَّه لا يُتَصَوَّرُ منهما لِعانٌ ، ولا يُعْلَمُ مِن الزَّوجِ قَذْفٌ ، ولا مِن المرأةِ مُطالَبَةٌ . وإنْ كانا مَعْلُومَىِ الإشارةِ والكتابةِ ، فقد قال أحمدُ ؛ إذا كانتِ المرأةُ خَرْساءَ لم تُلاعَنْ ؛ لأنَّه لا تُعْلَمُ مُطالَبَتُها . وحَكاه ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وإسْحاقَ[23] ، وأصحابِ الرَّأىِ . وكذلك يَنْبَغِى أنْ يكونَ فى الأخْرَسِ ؛ وذلك لأنَّ اللِّعانَ لَفْظٌ يَفْتَقِرُ إلى الشَّهادَةِ ، فلم يَصِحَّ مِن الأخْرسِ ، / كالشَّهادةِ الحقيقيَّةِ ، ولأنَّ ١٠٢/٨و

---

(٢٠) فى ا : « مجنونه » .

(٢١) فى ا : « يحتاج » .

(٢٢) فى ب ، م : « فشرع » .

(٢٣) سقط من : م .

الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، [24]والإشارةُ ليستْ[24] صَريحَةً كالنُّطْقِ ، فلا[25] تَخْلو مِن احْتمالٍ وتَرَدُّدٍ ، فلا يَجِبُ الحَدُّ بها ، كما لا يَجبُ على أجْنَبِيٍّ بشَهادتِه . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : هو كالنَّاطِقِ فى قَذْفِه ولِعانِه . وهو مذهبُ الشَّافعيِّ ؛ لأنَّه يَصِحُّ طلاقُه ، فَصَحَّ قَذْفُه ولِعانُه ، كالنَّاطِقِ ، ويُفارِقُ الشَّهادةَ ؛ لأنَّه يُمْكِن حُصُولُها مِن غيرِه ، فلم تَدْعُ الحاجةُ إلى الأخْرَسِ ، وفى اللِّعانِ لا يَحْصُلُ إلَّا منه ، فدَعَتِ الحاجةُ إلى قَبولِه منه ، كالطَّلاقِ . والأوَّلُ أحْسَنُ ؛ لأنَّ مُوجبَ القذفِ وجُوبُ الحدِّ ، وهو يُدْرأُ بالشُّبُهاتِ[26] ، ومقصودُ اللِّعانِ الأصْلىُّ نَفْىُ النَّسَبِ ، وهو يَثْبُتُ بالإمْكانِ ، مع ظهورِ انْتفائِه ، فلا ينبغِى أنْ يُشْرَعَ ما يَنْفِيه ، ولا ما يُوجِبُ الحَدَّ مع الشُّبْهة العظيمةِ ، ولذلك لم تُقْبَلْ شهادتُه . وقولهم : إنَّ الشَّهادةَ تَحْصُلُ مِن غيرِه . قُلْنا : قد لا تَحْصُلُ إلَّا منه ؛ لاخْتصاصِه برؤيةِ المَشْهودِ به[27] ، أو سَماعِه[28] إيَّاه .

فصل : فإنْ قَذَفَ الأخْرَسُ ولَاعَنَ[29] ثم تَكَلَّم ، فأنْكَرَ القَذْفَ واللِّعانَ ، لم يُقْبَلْ إنكارُه للقَذْفِ ؛ لأنَّه قد تَعَلَّق به حَقٌّ لغيرِه بحُكْمِ الظَّاهِرِ ، فلا يُقْبَلُ إنكارُه له ، ويُقْبَلُ إنكارُه للِّعانِ فيما عليه ، فيُطالَبُ بالحَدِّ ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ ، ولا تَعُودُ الزَّوْجيَّةُ . فإنْ قال : أنا أُلاعِنُ للحَدِّ ونَفْيِ النَّسَبِ . كان له ذلك ؛ لأنَّه إنَّما لَزِمَه بإقْرارِه أنَّه لم يُلاعِنْ ، فإذا أراد أنْ يُلاعِنَ كان له ذلك .

فصل : فإنْ قَذَفَها وهو ناطِقٌ ، ثم خَرِسَ ، وأُيِسَ مِن نُطْقِه ، فَحُكْمُه حُكْمُ الأخْرَسِ[30] الأصْلِيِّ ، وإنْ رُجِىَ عَوْدُ نُطْقِه ، وزَوالُ خَرَسِه ، انْتُظِرَ به ذلك ، ويُرْجَعُ

(24 - 24) فى ب ، م : « والشهادة لنسبة » .

(25) فى الأصل ، ا : « ولا » .

(26) فى م : « بالشهادة » .

(27) فى م : « له » .

(28) فى م : « إسماعه » .

(29) فى ب ، م : « أو لاعن » .

(30) سقط من : م .

فى مَعْرِفَةِ ذلك إلى قولِ عَدْلَيْنِ مِن أَطِبَّاءِ المسلمين . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشّافعىِّ . وذَكَرَ بعضُهم أنَّه يُلاعِنُ فى الحالَيْنِ بالإشارةِ ؛ لأنَّ أُمَامَةَ بنتَ أبى العاصِ أُصْمِتَتْ ، فقيل لها : لِفُلانٍ كذا، ولفلانٍ كذا ؟ فأشارتْ أنْ نَعَم . فرأوا أنَّها وَصِيَّةٌ . وهذا لا حُجَّةَ فيه ؛ لأنَّه لم يُذْكَرْ مَن الرّاوِى لذلك ، ولم يُعْلَم أنَّه قولُ مَن قولُه حُجَّةٌ ، ولا عُلِم هل كان ذلك لخَرَسٍ يُرْجَى زَوالُه أو لا ؟ وقال أبو الخَطَّاب فى مَن اعْتُقِل لِسانُه ، وأُيِسَ مِن نُطْقِه : هل يَصِحُّ لِعانُه بالإشارَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : وكُلُّ موضعٍ لا لِعانَ فيه ، فالنَّسَبُ لَاحِقٌ فيه ، ويَجِبُ بالقَذْفِ مُوجَبُه مِن الحَدِّ والتَّعْزِيرِ ، إلا أنْ يَكُونَ القاذِفُ صَبِيًّا ، أو مجنونًا ، فلا ضَرْبَ / فيه ، ولا لِعانَ . كذلك قال الثَّوْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشّافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال : ولا أَحْفَظُ عن غيرِهم خِلافَهم .

٨/١٠٢ظ

الفصلُ الثّانى : أنه لا لِعانَ بينَ غيرِ الزَّوجينِ ، فإذا قَذَفَ أجْنَبِيَّةً مُحْصَنَةً ، حُدَّ ولم يُلاعَن ، وإنْ لم تَكُنْ مُحصَنَةً عُزِّرَ ، ولا لِعانَ أيضًا . ولا خِلافَ فى هذا ؛ وذلك[٣١] لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً ﴾[٣٢] . ثم خَصّ الزَّوْجات مِن عُمومِ هذه الآيةِ بقولِه سبحانه وتعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . ففيما عَداهُنَّ يَبْقَى على قَضِيَّةِ العُمومِ . وإنْ مَلَكَ أَمَةً ، ثم قَذَفَها ، فلا لِعانَ ، سَواءٌ كانت فِراشًا له ، أو لم تَكُنْ ، ولا حَدَّ عليه بقَذْفِها ، ويُعَزَّرُ . فإنْ أَتَتْ بوَلَدٍ نَظَرْنا ؛ فإنْ لم يَعْتَرِفْ بوطْئِها ، لم يَلْحَقْه نَسَبُه ، ولم يَحْتَجْ إلى نَفْيِه ، وإن اعْتَرَفَ بوطْئِها ، صارتْ فراشًا له . وإذا أتَتْ بوَلَدٍ لمُدَّةِ الحَمْلِ مِن يومِ الوَطْءِ لَحِقَه . وبهذا قال مالكٌ ، والشّافعىُّ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ : لا تَصِيرُ فراشًا له حتى يُقِرَّ بولدِها ، فإذا أَقَرَّ به صارتْ فراشًا له[٣٣] ، ولَحِقَه أولادُها بعدَ ذلك ؛ لأنَّها لو

---

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) سورة النور ٤ .

(٣٣) سقط من : الأصل ، ب .

صارتْ فِراشًا بالوَطْءِ ، [٣٤]لَصارتْ فِراشًا[٣٤] بإباحتِه ، كالزَّوْجةِ . ولَنا ، أنَّ سَعْدًا نازَعَ عَبْدَ بن زَمْعَةَ فى ابنِ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ ، فقال : هو أخى ، وابنُ وَلِيدَةِ أبى ، وُلِدَ على فِراشِه . فقال النَّبىُّ ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بن زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٣٥] . ورَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ[٣٦] عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : ما بالُ رجالٍ يطأُونَ ولَائِدَهم ، ثم يَعْزِلُونَهُنَّ ، لا تأْتِينِى وليدةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُها أنَّه أَلَمَّ بها ، إلَّا ألحقتُ به ولدَها ، فاعْزِلُوا بعدَ ذلك ، أو اتْرُكُوا[٣٧] . ولأنَّ الوَطْءَ يَتَعلَّقُ به تحْريمُ المُصاهَرَةِ ، فإذا كان مَشْرُوعًا صارتْ به المرأةُ فِراشًا ، كالنِّكاحِ ، ولأنَّ المرأةَ إنَّما سُمِّيَتْ فِراشًا تَجَوُّزًا ، إمَّا لمُضاجَعَتِه لها على الفِراشِ ، وإمَّا لكَوْنِها تَحْتَه فى حالِ المُجامَعَةِ ، وكلا الأمْرينِ يَحْصُلُ فى الجِماعِ ، وقِياسُهم الوَطْءَ على المِلكِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المِلْكَ لا يَتَعلَّقُ به تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ ، ولا يَحْصُلُ منه الوَلَدُ بِدُونِ الوَطْءِ ، ويُفارِقُ النِّكاحَ ؛ فإنَّه لا يُراد إلَّا[٣٨] للوَطْءِ ، ويتعلَّقُ به تحْريمُ المُصاهرةِ ، ولا يَنْعَقِدُ فى مَحَلٍّ يحْرُمُ الوَطْءُ فيه ، كالمَجُوسيَّةِ والوَثَنِيَّةِ وذَواتِ[٣٩] مَحارِمِه . إذا ثَبت هذا ، فإنْ أراد نَفْىَ ولدِ أَمتِه التى يَلْحَقُه ولدُها / ، فطَرِيقُه أن يدَّعِىَ أنَّه اسْتَبْرَأَها بعدَ وَطْئِه لها بحَيْضةٍ ، فيَنْتَفِى بذلك . وإن ادَّعَى أنَّه كان يَعْزِل عنها ، لم يَنْتَفِ عنه بذلك ؛ لما رَوَى جابرٌ قال : جاء رجلٌ من الأنصارِ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : إنَّ لى جاريةً ، وأنا أَطُوفُ عليها ، وأنا أَكْرَهُ أن تَحْمِلَ . فقال : « اعْزِلْ عَنْهَا إنْ شِئْتَ ، فإنَّه سَيَأْتِيهَا ما قُدِّرَ لَهَا » . قال : فلَبِثَ الرجلُ ، ثم أتاهُ ، فقال : إنَّ الجاريةَ قد حَمَلَتْ . قال : « قَدْ أَخْبَرْتُكَ أَنَّهُ سَيَأْتِيها مَا قُدِّرَ لَهَا » . رَواه أبو

١٠٣/٨ و

(٣٤ - ٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) تقدم تخريجه فى : ٧ / ٣١٦ .

(٣٦) فى م : « عن » .

(٣٧) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى أمهات الأولاد ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٤٢ . والبيهقى ، فى : باب الولد للفراش بالوطء ... ، من كتاب اللعان . السنن الكبرى ٧ / ٤١٣ . وعبد الرزاق ، فى : باب الرجل يطأ سريته وينتفى من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ١٣٢ .

(٣٨) سقط من : م .

(٣٩) فى م : « وذواتى » .

داودَ[٤٠] . ورُوِىَ عن أبى سعيدٍ ، أنّه قال : كنتُ أعْزِلُ عن جارِيَتِى ، فوَلَدَتْ أحَبَّ الخَلْقِ إلَىَّ[٤٠] . يعنى ابْنَه . ولحديثِ عمرَ الذى ذكَرْناه . ولأنَّه حُكْمٌ تعَلَّقَ بالوَطْءِ ، فلم يُعْتَبرْ معه الإنْزالُ ، كسائرِ الأحْكامِ . وقد قِيل : إنَّه يَنْزِلُ من الماءِ ما لا يُحَسُّ به . وإن أقَرَّ بالوَطْءِ دُونَ الفَرْجِ ، أو فى الدُّبُرِ ، لم تَصِرْ بذلك فِراشًا ؛ لأنَّه ليس بمَنْصُوصٍ عليه ، ولا فى معنى المَنْصوصِ ، ولأنَّه يَنْتَفِى عنه الوَلَدُ بدَعْوَى الاسْتِبْراءِ إذا أتَتْ به بعدَ الاسْتِبْراءِ بمُدةِ الحَمْلِ ، فههُنا أوْلَى . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّها تَصِيرُ فِراشًا ؛ لأنَّه قد يُجامِعُ ، فيَسْبِقُ الماءُ إلى الفَرْجِ . ولأصحابِ الشافعىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْنِ . وإذا ادَّعَى الاسْتِبْراءَ ، قُبِلَ قولُه بغيرِ يَمينٍ ، فى أحدِ الوَجْهينِ ؛ لأنَّ من قُبِلَ قولُه فى الاسْتِبْراءِ ، قُبِلَ بغيرِ يَمِينٍ ، كالمرأةِ تَدَّعِى انقِضاءَ عِدَّتِها . وفى الآخرِ ، يُسْتَحْلَفُ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لعُمومِ قولِه عليه السلام : « وَلكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »[٤١] . ولأنَّ الاسْتِبْراءَ غيرُ مُختَصٍّ به ، فلم يُقْبَلْ قولُه فيه بغيرِ يَمِينٍ ، كسائرِ الحُقُوقِ ، بخلافِ العِدَّةِ . ومتى لم يَدَّعِ الاستِبْراءَ ، لَحِقَه وَلَدُها ، ولم يَنْتَفِ عنه . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : له نَفْيُه باللِّعانِ ؛ لأنَّه ولدٌ[٤٢] لم يَرْضَ به ، فأشْبَهَ ولدَ المرأةِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . فخَصَّ بذلك الأزْواجَ ، ولأنَّه وَلَدٌ يَلْحَقُه نَسَبُه من غيرِ الزَّوْجةِ ، فلم يَمْلِكْ نَفْيَه باللِّعانِ ، كما لو وَطِئَ أجْنَبِيَّةً بشُبْهةٍ ، فألْحَقَتِ القافةُ وَلَدَها به ، ولأنَّ له طريقًا إلى نَفْيِ الوَلَدِ بغيرِ اللِّعانِ ، فلم يَحْتَجْ إلى نَفْيِه باللِّعانِ ، فلا يُشْرَعُ ، ولأنَّه إذا وَطِئَ أمَتَه ولم يَسْتَبْرِئْها ، فأتَتْ بولدٍ ، احْتَمَلَ أن يكونَ منه ، فلم يَجُزْ له نَفْيُه ؛ لكَوْنِ النَّسَبِ يَلْحَقُ بالإمْكانِ ، فكيف مع [٤٣]الظُّهُورِ ووُجُودِ[٤٣] سَبَبِه ! ولو ادَّعَى الاسْتِبْراءَ . فأتَتْ بوَلَدَيْنِ ، فأقَرَّ بأحَدِهما / ونَفَى الآخرَ ، لَحِقاه معًا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ جَعْلُ أحدِهما منه ٨/١٠٣ظ

---

(٤٠) تقدم تخريجه فى : ١٠/٢٣٠ .
(٤١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .
(٤٢) سقط من : م .
(٤٣-٤٣) فى م : « ظهور وجود » .

والآخَرِ من غيرِه ، وهما حَمْلٌ واحدٌ ، ولا يجوزُ نَفْىُ الولدِ المُقَرِّ به عنه (٤٤) مع إقْرارِه به (٤٤) ، فوَجَبَ إلْحاقُهما به معًا . وكذلك إن أتَتْ أمَتُه التى لم يَعْتَرِفْ بوَطْئِها بتَوْأمَيْنِ ، فاعْتَرَفَ بأحَدِهما ، ونَفَى الآخَرَ .

فصل : وإذا نَكَحَ امرأةً نِكاحًا فاسدًا ، ثم قَذَفَها ، وبَيْنَهُما ولدٌ يُرِيدُ نَفْيَه ، فله أن يُلَاعِنَ لِنَفْيِه ، ولا حَدَّ عليه . وإن لم يَكُنْ بينهما ولدٌ ، حُدَّ ولا لِعَانَ بينهما . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْحَقُه الولدُ ، وليس له نَفْيُه ، ولا اللِّعانُ ؛ لأنَّها أجْنَبِيَّةٌ ، فأشْبَهتْ سائرَ الأجْنبيَّاتِ ، أو إذا لم يَكُنْ بينهما ولدٌ . ولَنا ، أنَّ هذا وَلَدٌ يَلْحَقُه بحُكْمِ عَقْدِ النكاحِ ، فكان له نَفْيُه ، كما لو كان النكاحُ صحيحًا ، ويُفارِقُ إذا لم يكنْ وَلَدٌ ، فإنَّه (٤٥) لا حاجةَ إلى القَذْفِ ؛ لكَوْنِها أجْنبيَّةً ، ويُفارِقُ سائرَ الأجْنبيَّاتِ ؛ لأنَّه لا يَلْحَقُه وَلَدُهنَّ ، فلا حاجةَ به إلى قَذْفِهِنَّ ، ويُفارِقُ الزَّوْجةَ . فإنَّه يحْتاجُ إلى قَذْفِها مع عَدَمِ الولدِ ، لكَوْنِها خانَتْه (٤٦) وغاظَتْه وأفْسَدَتْ فِرَاشَه ، فإذا كان له منها ولدٌ ، فالحاجةُ موجودةٌ فيهما ، وإذا لَاعَنَ سَقَطَ الحَدُّ ؛ لأنَّه لِعَانٌ مَشْروعٌ (٤٧) نَفْىِ النَّسَبِ (٤٧) ، فأسْقَطَ الحَدَّ ، كاللِّعانِ فى النِّكاحِ الصَّحيحِ . وهل يُثْبِتُ التحريمَ المُؤَبَّدَ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يُثْبِتُه ؛ لأنَّه لِعَانٌ صحيحٌ ، أشْبَه لِعانَ الزَّوْجةِ . والثانى ، لا يُثْبِتُه ؛ لأنَّ الفُرْقةَ لم تَحْصُلْ به ، فإنَّه لا نِكاحَ بينهما يَحْصُلُ قَطْعُه به ، بخلافِ لِعانِ الزَّوجةِ ، فإنَّ الفُرْقةَ حَصَلَتْ به . ولو لَاعَنَها من غيرِ وَلَدٍ ، لم يُسْقِطِ الحدَّ ، ولم يُثْبِتِ التَّحْرِيمَ المُؤَبَّدَ ؛ لأنَّه لِعانٌ فاسدٌ ، فلم تَثْبُتْ أحكامُه . وسَواءٌ اعْتَقَدَ أنَّ النكاحَ صحيحٌ أو لم يعتقدْ ذلك ؛ لأنَّ النكاحَ فى نفسِه ليس بنكاحٍ صحيحٍ ، فأشْبَهَ مالو لَاعَنَ أجنبيةً يَظُنُّها زَوْجَته .

(٤٤ - ٤٤) فى ا : « فوقع إقراره » .

(٤٥) فى ا : « لأنه » .

(٤٦) فى م : « خالته » تحريف .

(٤٧ - ٤٧) فى م : « لنفى الحد » .

فصل : فلو أَبَانَ زوجَته ، ثم قَذَفَها بِزِنىً أضَافَه إلى حالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فهى كالمسألةِ قَبْلَها ؛ إن كان بينهما ولدٌ يُرِيدُ نَفْيَه ، فله أن يَنْفِيَه باللِّعانِ ، وإلَّا حُدَّ ولم يُلَاعِنْ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يُحَدُّ، ويَلْحَقُه الولدُ ، ولا يُلَاعِنُ . وهو قولُ عطاءٍ . ووَجْهُ المذهبَيْنِ ما تقدَّم فى التى قبلَها . وقال عثمانُ البَتِّىُّ : له أن يُلَاعِنَ ، وإن لم يكُنْ / بينهما ولدٌ . ورُوِىَ عن ابن عباسٍ ، والحسنِ ، أنَّه يُلَاعِنُها ؛ لأنَّه قَذْفٌ مُضافٌ إلى حالِ الزَّوْجيَّةِ، أشْبَهَ ما لو كانتْ زَوْجَته . ولَنا ، أنَّه إذا كان بينهما ولدٌ فبه حاجةٌ إلى القَذْفِ ، فشُرِعَ ، كما لو قَذَفَها وهى زَوْجَته ، وإذا لم يكنْ له ولدٌ ، فلا حاجةَ به إليه ، وقد قَذَفَها وهى أجْنَبِيَّةٌ[48] ، فأشْبَهَ ما لو لم يُضِفْه إلى حالِ الزَّوْجيَّةِ . ومتى لَاعَنَها لِنَفْيِ وَلَدِها انْتَفَى ، وسَقَطَ عنه الحَدُّ . وفى ثُبوتِ التَّحْريمِ المُؤَبَّدِ وَجْهان . وهل له أن يُلاعِنَها قبلَ وَضْعِ الولدِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّ مَنْ كان له لِعانُها بعد الوَضْعِ ، كان له لِعانُها قبلَه ، كالزَّوْجةِ . والثانى ، ليس له ذلك ، وهو ظاهرُ قولِ الْخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ الولدَ عندَه لا يَنْتَفِى فى حالِ الحَمْلِ ، ولأنَّ اللِّعانَ إنَّما يَثْبُتُ هٰهُنا لأَجْلِ الولِدِ ، فلم يَجُزْ أن يُلاعِنَ إلَّا بعدَ تَحَقُّقِه بوَضْعِه ، بخلافِ الزَّوْجةِ ، فإنَّه يجوزُ لِعانُها مع عدمِ الولدِ . وهكذا الحُكْمُ فى نَفْيِ الحملِ فى النِّكاحِ الفاسدِ .

8/104 و

فصل : إذا اشْتَرى زَوْجَته الأَمَةَ ، ثم أَقَرَّ بوَطْئِها ، ثم أَتَتْ بوَلَدٍ لسِتَّةِ أشْهُرٍ ، كان لاحِقًا به ، ولم يَنْتَفِ عنه إلَّا بدَعْوَى الاسْتِبْراءِ ؛ لأنَّه مُلْحَقٌ به بالوَطْءِ فى المِلْكِ دونَ النِّكاحِ ، لكَوْنِ الملكِ حاضِرًا ، فصار كالزَّوْجِ الثانى ، يَلْحَقُ به الولدُ وإن أمْكَنَ أن يكونَ من الأَوَّلِ . وإن لم يكُنْ أقَرَّ بوَطْئِها ، أو أقَرَّ به فأتَتْ بولدٍ لدونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ مُنْذُ وَطِئَ ، كان مُلْحَقًا بالنِّكاحِ ، إن أمْكَنَ ذلك ، وله نَفْيُه باللِّعانِ ، وهل يُثْبِتُ هذا اللعانُ التحريمَ المُؤَبَّدَ ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : إذا قَذَفَ مُطَلَّقَته الرَّجْعِيَّةَ ، فله لعانُها ، سَواءٌ كان بينهما ولدٌ أو لم يَكُنْ . قال أبو طالب : سأَلْتُ أبا عبدِ الله ، عن الرَّجُلِ يُطَلِّقُ تَطْلِيقةً أو تطْليقتَيْنِ ، ثم يَقْذِفُها .

---

(48) فى الأصل : « قذف » .

قال : قال ابنُ عباسٍ : لا يُلاعِنُ ، ويُجْلَدُ . وقال ابنُ عمرَ : يُلاعِنُ ما كانتْ[٤٩] فى العِدَّةِ . قال : وقولُ ابن عمرَ أجْوَدُ ؛ لأنَّها زَوْجَتُه[٥٠] ، وهو يَرِثُها وتَرِثُه ، فهو يُلاعِنُ . وبهذا قال جابرُ بن زيدٍ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثورٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِى ذلك عن ابنِ عمرَ ؛ لأنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجةٌ فكان له لِعانُها ، كما لو لم يُطَلِّقْها .

٨/١٠٤ظ **فصل** : وإن قَذَفَ زَوْجَتَه ثم أبانَها ، فله لِعانُها . نَصَّ / عليه أحمدُ ، سواءٌ كان له ولدٌ أو لم يَكُنْ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عباسٍ . وبه قال الحسنُ ، والقاسمُ بنُ محمدٍ ، ومكحولٌ[٥١] ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال الحارثُ العُكْلِىُّ ، وجابرُ بن زيدٍ ، وقتادةُ ، والحَكَمُ : يُجْلَدُ . وقال حَمَّادُ بن أبى سُلَيمانَ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : لا حَدَّ ولا لِعانَ ؛ لأنَّ اللِّعانَ إنَّما يكونُ بينَ الزَّوْجَيْنِ ، وليس هذان بزَوْجَيْنِ ، ولا يُحَدُّ ؛ لأنَّه لم يَقْذِفْ أجْنَبِيَّةً . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . وهذا قد رَمَى زَوْجَته[٥٢] ، فيدخلُ فى عُمومِ الآية ، وإذا[٥٣] لم يُلاعِنْ وجَب الحَدُّ بعُموم قولِه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ . ولأنَّه قاذِفٌ لِزَوْجَته ، فوَجَبَ أن يكونَ له أن يُلاعِنَ ، كما لو كانَا علَى النِّكاحِ إلى حالةِ اللِّعانِ .

فصل : فإنْ قالت : قَذَفَنِى قبلَ أن يَتزَوَّجَنِى . وقال[٥٤] : بل بَعْدَه . أو قالتْ : قَذَفَنِى بعدَ ما بِنْتُ منه[٥١] . وقال : بل قبلَه . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ القولَ قولُه فى أصْلِ

---

(٤٩) فى م : « دامت » .
(٥٠) فى الأصل ، ا : « زوجة » .
(٥١) سقط من : الأصل .
(٥٢) فى ب : « زوجه » .
(٥٣) سقطت الواو من : ا ، م .
(٥٤) فى ا زيادة : « لا » .

القَذْفِ ، فكذلك فى وَقْتِه . وإن قالتْ أجْنَبِيَّةٌ : قَذَفْتَنِى[٥٥] . فقال : كُنْتِ زَوْجَتِى حينئذٍ . فأنْكَرَتِ الزَّوْجِيّةَ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُها .

فصل : ولو قَذَفَ أجْنبِيَّةً ، ثم تَزَوَّجها ، فعليه الحَدُّ ، ولا يُلاعِنُ ؛ فإنَّه[٥٦] وَجَبَ فى حالِ كَوْنِها أجْنَبيَّةً ، فلم يَمْلِكِ اللِّعانَ من أجْلِه ، كما لو لم يَتزَوَّجْها . وإن قَذَفَها بعدَ تَزَوُّجِها بِزِنىً أضافه إلى ما قبلَ النكاحِ ، حُدَّ ، ولم يُلاعِنْ ، سَواءٌ كان ثَمَّ ولدٌ أو لم يَكُنْ . وهو[٥٧] قولُ مالكٍ وأبى ثَوْرٍ . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِىِّ . وقال الحسنُ ، وزُرارةُ بن أوْفَى ، وأصحابُ الرَّأْىِ : له أن يُلاعِنَ ؛ لأنَّه قَذَفَ امْرَأتَه ، فيَدْخُلُ[٥٨] فى عُمُومِ قولِه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ . ولأنَّه قَذَفَ امْرَأتَه ، فأشْبَهَ ما لو قَذَفَها ولم يُضِفْه إلى ما قبلَ النكاحِ . وحَكَى الشَّرِيفُ أبو جَعْفرٍ عن أحمدَ رِوايةً أُخْرَى كذلك . وقال الشافعيُّ : إن لم يَكُنْ ثَمَّ ولدٌ ، لم يُلاعِنْ ، وإن كان بينهما ولدٌ ، ففيه وَجْهان . ولَنا ، أنَّه قَذَفَها قَذْفًا مُضافًا إلى حالِ البَيْنُونةِ ، أشْبَهَ ما لو قَذَفَها وهى بائِنٌ ، وفارَقَ قَذْفَ الزَّوْجةِ ، لأنَّه مُحْتاجٌ إليه لأنَّها غاظَتْه وخانَتْه ، وإن كان بينهما ولدٌ ، فهو مُحْتاجٌ إلى نَفْيِه ، وهٰهُنا إذا / تَزَوّجَها وهو يَعْلَمُ زِنَاهَا ، فهو المُفَرِّطُ فى نِكَاحِ حامِلٍ من الزِّنَى ، فلا يُشْرَعُ له طَرِيقٌ إلى نَفْيِه .

٨/١٠٥و

فصل : ولو قال لِامْرأتِه : أنْتِ طالِقٌ ثلاثًا يا زانِيَة . فنَقَلَ مُهَنَّا ، قال : سألتُ أحمدَ ، عن رَجُلٍ قال لِامْرَأتِه : أنْتِ طالقٌ يا زانية . ثلاثًا ، فقال : يُلاعِنُ . قلتُ : فإنَّهم يقولون : يُحَدُّ ، ولا يَلْزَمُها[٥٩] إلَّا واحدةٌ . قال : بِئْسَ ما يقولون . فهذا يُلَاعِنُ ؛ لأنَّه قَذَفَها قبلَ الحُكْمِ بِبَيْنُونَتِها ، فأشْبَهَ قَذْفَ الرَّجْعِيَّةِ . وأما فى المسألةِ الأُولَى ، فإن كان بينهما ولدٌ ، فإنَّه يُلاعِنُ ؛ لِنَفْيِه ، وإلَّا حُدَّ ولم يُلَاعِنْ ؛ لأنَّه يَتَعَيَّنُ إضافةُ القَذْفِ إلى حالِ

---

(٥٥) فى م : « قذفنى » .

(٥٦) فى م : « لأنه » .

(٥٧) فى ب : « وهذا » .

(٥٨) فى ب : « فدخل » .

(٥٩) فى ب : « يلزمه » .

الزَّوْجِيَّةِ ؛ لِاسْتِحالَةِ الزِّنَى منها بعدَ طَلَاقِه لها ، فصار كأنَّه قال لها بعد إبانَتِها : زَنَيْتِ إذ كُنْتِ زَوْجَتِي . على ما قَرَّرْناه .

الفصل الثالث : أنَّ كلَّ قَذْفٍ للزَّوْجةِ يَجبُ به اللِّعَانُ ، سَواءٌ قال لها : زَنَيْتِ . أو : رَأَيْتُكِ تَزْنِينَ . سَواءٌ كان القاذِفُ أعْمَى أو بَصِيرًا . نَصَّ عليه أحمدُ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأبو عبيدٍ ، وأبو ثَوْرٍ . وهو قولُ عَطاءٍ . وقال يَحيى الأنْصارىُّ ، وأبو الزِّنادِ ، ومالكٌ : لا يكونُ اللِّعانُ إلَّا بأحدِ أمْرَينِ : إمَّا رُؤْيةٍ ، وإمَّا إنْكارٍ للحَمْلِ ؛ لأنَّ آيـةَ اللِّعـانِ نَزَلَتْ فى هِلَالِ بن أُميَّـةَ ، وكان قال : رأيتُ بِعَينِـى ، [60] وسَمِـعْتُ بأُذُنِى [60] . فلا يَثْبُتُ اللِّعانُ إلَّا فى مِثْلِه . ولَنا ، قولُ اللهِ تعـالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُـونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ الآية . وهذا رَامٍ لِزَوْجَتِه ، فيَدْخُلُ فى عُمومِ الآية ، ولأنَّ اللِّعـانَ مَعْنًـى يُتَخَلَّصُ به من مُوجَبِ القَذْفِ ، فشُرِعَ [61] فى حَقِّ كلِّ رامٍ لِزَوْجَتِه ، كالبَيِّنةِ . والأخْذُ بعُمُومِ اللَّفْظِ أوْلَى من خُصُوصِ السَّبَبِ ، ثم لم يَعْمَلُوا به فى قَوْلِه : وسَمِعْتُ بأُذُنِى .

وسَواءٌ قَذَفَها بزِنًى فى القُبُلِ أو فى الدُّبُرِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَثْبُتُ اللِّعانُ بالقَذْفِ بالوَطْءِ فى الدُّبُرِ . وبَناهُ على أصْلِه ، فى أنَّ ذلك لا يَجبُ به الحَدُّ . ولَنا ، أنَّه رامٍ لِزَوْجَتِه بوَطْءٍ فى فَرْجِها ، فأشْبَهَ ما لو قَذَفَها بالوَطْءِ فى قُبُلِها . وأمَّا إن قَذَفَها بالوَطْءِ دُونَ الفَرْجِ ، أو بشىءٍ من الفَواحِشِ غيرِ الزِّنَى ، فلا حَدَّ عليه ، ولا لِعانَ ؛ لأنَّه قَذَفَها بما لا يَجبُ به الحَدُّ ، فلم يَثْبُتْ به الحَدُّ واللِّعـانُ ، كما لو قَذَفَهـا بضَرْبِ / النـاسِ وأذاهُم [62] .

٨/١٠٥ظ

الفصل الرابع : أنَّه إذا قَذَفَ زَوْجَتَه المُحْصَنَةَ ، وَجَبَ عليه الحَدُّ ، وحُكِمَ بفِسْقِه ، ورَدُّ [63] شَهادَتِه ، إلَّا أن يَأْتِىَ بِبَيِّنةٍ أو يُلاعِـنَ ، فإن لم يَأْتِ بأَرْبَعـةِ شُهَـداءَ ، أو امْتَنَـعَ من اللِّعانِ ، لَزِمَه ذلك كلُّه . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ . وقال أبو حنيفـةَ : يَجبُ

(٦٠ - ٦٠) فى الأصل ، ا : « وشهدت بسمعى » .

(٦١) فى ا ، ب ، م : « فيشرع » .

(٦٢) فى ا : « أو أذاهم » .

(٦٣) فى ا : « وردت » .

اللِّعانُ دُونَ الحَدِّ ، فإن أبى حُبِسَ حتى يُلاعِنَ ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ ﴾ . الآيات . فلم يُوجِبْ بقَذْفِ الأزْواجِ إلا اللِّعانَ . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ . وهذا عامٌّ فى الزَّوْجِ وغيرِه ، وإنَّما خصَّ الزَّوْجَ بأن أقامَ لِعانَه مُقامَ الشَّهادةِ ، فى نَفْى الحَدِّ والفِسْقِ ورَدِّ الشَّهادةِ عنه . وأيضًا قولُ النَّبىِّ ﷺ : « البَيِّنةُ وإلَّا حَدٌّ فى ظَهْرِكَ »[64] . وقولُه له[65] لمَّا لاعَنَ : « عَذابُ الدُّنْيا أهْوَنُ من عَذابِ الآخِرَةِ »[64] . ولأنَّه قاذِفٌ يَلْزَمُه الحَدُّ لو أكْذَبَ نَفْسَه ، فلَزِمَه إذا لم[66] يَأْتِ بالبَيِّنةِ المَشْرُوعةِ ، كالأجْنبىِّ . فأما إن قَذَفَ [67]غيرَ مُحْصَنَةٍ[67] كالكِتابِيَّةِ ، والأَمَةِ ، والمجنونةِ ، والطِّفْلةِ ، فإنَّه يَجِبُ عليه التَّعْزيرُ بذلك ؛ لأنه أدْخَلَ عليهنَّ المَعَرَّةَ بالقَذْفِ ، ولا يُحَدُّ لهنَّ حَدًّا كامِلًا لِنُقْصانِهِنَّ بذلك ، ولا يَتَعَلَّقُ به فِسْقٌ ، ولا رَدُّ شَهادةٍ ؛ لأنَّه لا يُوجِبُ الحَدَّ . قال القاضى : وليس له إسْقاطُ هذا التَّعْزيرِ باللِّعانِ ؛ لأنَّ اللِّعانَ إمَّا لِنَفْىِ النَّسَبِ ، أو لِدَرْءِ الحَدِّ ، وليس هٰهُنا واحدٌ منهما . وقال الشافعىُّ : له إسْقاطُه باللِّعانِ ؛ لأنَّه إذا مَلَكَ إسْقاطَ الحَدِّ الكامِلِ باللِّعانِ ، فإسْقاطُ ما دُونَه أَوْلَى . وللقاضِى أن يقولَ : لا يَلْزَمُ من مَشْرُوعِيَّتِه لِدَفْعِ الحَدِّ الذى يَعْظُمُ ضَرَرُه ، مَشْرُوعِيَّتُه لدَفْعِ ما يَقِلُّ ضَرَرُه ، كما لو قَذَفَ طِفْلةً لا يُتَصَوَّرُ وَطْؤُها ، فإنَّه يُعَزَّرُ تَعْزيرَ السَّبِّ والأَذَى ، وليس له إسْقاطُه باللِّعانِ . كذا هٰهُنا . وأمَّا إن كان لأحَدِ هؤلاءِ ، ولا يُرِيدُ نَفْيَه ، فقال القاضِى : له أن يُلاعِنَ لِنَفْيِه . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وهو ظاهِرُ كلامِ / أحمدَ ، فى الأَمَةِ والكِتابيةِ ، سَواءٌ كان لهما ولدٌ أو لم يَكُنْ . وقد ذَكَرْنا ذلك فيما مَضَى .

٨/١٠٦و

---

(٦٤) تقدم تخريجه فى : ٣٧٣/٨ .

(٦٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦٦) سقط من : م .

(٦٧-٦٧) فى م : « غيرها » .

١٣٢٨ – مسألة ؛ قال : (ولا يُعْرَضُ لَهُ ، حَتَّى تُطَالِبَه زَوْجَتُهُ) .

يعنى لا يُتَعَرَّضُ له بإقامةِ الحَدِّ عليه ، ولا طَلَبِ اللِّعانِ منه ، حتى تُطالِبَه زوجتُه بذلك ؛ فإنَّ ذلك حَقٌّ لها ، فلا يُقامُ من غيرِ طَلَبِها ، كسائرِ حُقُوقِها . وليس لِوَلِيِّها المُطالبةُ عنها إن كانت مَجْنونةً أو مَحْجُورًا عليها ، ولا لِوَلِيِّ الصغيرةِ وسَيِّدِ الأَمةِ المُطالبةُ بالتَّعْزِيرِ من أجْلِهما ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ ثَبَتَ للتَّشَفِّى ، فلا يقومُ الغَيْرُ فيه مَقامَ المُسْتَحِقِّ ، كالقِصَاصِ . فإن أراد الزَّوجُ اللِّعانَ من غيرِ مُطالَبةٍ ، نظَرْنا ؛ فإن لم يكُنْ هناك نَسَبٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، لم يكُنْ له أن يُلَاعِنَ ، وكذلك كلُّ موضعٍ سَقَطَ فيه الحَدُّ ، مثل إن أقام البَيِّنةَ بِزِنَاها ، أو أبْرَأَتْه من قَذْفِها ، أو حُدَّ لها ثم أراد لِعانَها ، ولا نَسَبَ هناك يُنْفَى ، فإنَّه لا يُشْرَعُ اللِّعانُ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ، إلَّا بعضَ أصحابِ الشافعيِّ قالوا : له المُلاعَنةُ ؛ لإزالةِ الفِرَاشِ . والصحِيحُ عندَهم مثلُ قولِ الجماعةِ ؛ لأنَّ إزالةَ الفِرَاشِ مُمْكِنةٌ[1] بالطَّلاقِ ، والتَّحريمُ المُؤَبَّدُ ليس[2] بمَقْصُودٍ يُشْرَعُ[3] اللِّعانُ من أجْلِه ، وإنَّما حصَلَ ذلك ضِمْنًا . فأمَّا إن كان هناك ولدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فقال القاضى : له أن يُلَاعِنَ لِنَفيه . وهذا مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ هِلالَ بن أُمَيَّةَ لمَّا قَذَفَ امرأتَه ، وأتَى النَّبِيَّ ﷺ فأخبَرَه ، أرسَلَ إليها ، فلاعَنَ بينهما ، ولم تكُنْ طالَبَتْهُ[4] . ولأنَّه مُحْتاجٌ إلى نَفْيِه ، فشُرِعَ[5] له طَرِيقٌ إليه ، كما لو طالَبَتْه ، ولأنَّ نَفْيَ النَّسَبِ الباطلِ حَقٌّ له ، فلا يَسْقُطُ بِرِضَاها به ، كما لو طالَبَتْ باللِّعانِ ورَضِيَتْ بالوَلَدِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُشْرَعَ اللعانُ هٰهُنا ، كما لو قَذَفَها فصَدَّقَتْه ، وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه أحَدُ مُوجَبَي

---

(١) فى النسخ : « تمكنه » .

(٢) فى ا ، ب زيادة : « هو » .

(٣) فى الأصل ، ا : « شرع » .

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ٨ / ٣٧٣ .

(٥) فى الأصل : « فيشرع » .

القَذْفِ ، فلا يُشْرَعُ مع عَدَمِ المُطالَبةِ ، كالحَدِّ .

فصل : وإذا قَذَفَها ثم مات قبلَ لِعانِهما ، أو قبلَ إتْمامِ[6] لِعانِه ، سَقَطَ اللعانُ ، ولَحِقَه الولدُ[7] ، وورِثَتْه ، فى قولِ الجميع ؛ لأنَّ اللِّعانَ لم يُوجَدْ ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُه . وإن مات بعدَ أن أكْمَلَ لِعانَه ، وقبلَ لِعانِها ، فكذلك . وقال الشافعىُّ : تَبِينُ بلِعانِه ، ويَسْقُطُ[8] التَّوارُثُ ، ويَنْتَفِى / الولدُ ، ويَلْزَمُها الحَدُّ ، إلَّا أن تَلْتَعِنَ . ولَنا ، أنَّه مات قبلَ إكْمالِ اللِّعانِ ، أشْبَهَ ما لو مات قبلَ إكْمالِ الْتِعانِه[9] ، وذلك لأنَّ الشَّرْعَ إنَّما رَتَّبَ هذه الأحكامَ على اللِّعانِ التامِّ[10] ، والحُكْمُ لا يَثْبُتُ قبلَ كَمالِ سَبَبِه . وإن ماتَتِ المرأةُ قبلَ اللِّعانِ ، فقد ماتتْ على الزَّوْجيَّةِ ، ويَرِثُها فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العلمِ . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ : إن الْتَعَنَ ، لم يَرِثْ . ونحوُ ذلك عن الشَّعْبِىِّ ، وعِكْرِمَةَ ؛ لأنَّ اللِّعانَ يُوجِبُ فُرْقَةً تَبِينُ بها ، فمَنَعَ[11] التَّوارُثَ ، كما لو الْتَعَنَ فى حَياتِها . ولَنا ، أنَّها ماتتْ على الزَّوْجيَّةِ ، فوَرِثَها ، كما لو لم يَلْتَعِنْ ، ولأنَّ اللِّعانَ سَبَبُ الفُرْقَةِ فلم يَثْبُتْ حُكْمُه[12] بعدَ مَوْتِها كالطَّلاقِ ، وفارَقَ اللِّعانَ فى الحياةِ ، فإنَّه يَقْطَعُ الزَّوْجيَّةَ ، على أنَّنا قد ذكَرْنا أنَّه لو لَاعَنَها ولم تَلْتَعِنْ هى ، لم تَنْقَطِعِ الزَّوْجيَّةُ أيضًا ، فههُنا أَوْلَى . فإن قيل : أليس قد قُلْتُمْ : لو الْتَعَنَ من الوَلَدِ المَيِّتِ ونَفاه لم يَرِثْه فكذلك الزَّوجةُ ؟ قُلْنا : لو الْتَعَنَ الزَّوجُ وحدَه دُونَها ، لم يَنْتَفِ الولدُ ، ولم يَثْبُتْ حُكْمُ اللِّعانِ ، على ما ذكرنا ، ثُمَّ الفَرْقُ بينهما أنَّه إذا نَفَى الولَدَ ، تَبَيَّنَّا أنَّه لم يَكُنْ منه أصْلًا فى حالٍ من الأحوالِ ، والزَّوجةُ قد كانتْ امْرَأتَه فيما قبلَ اللِّعانِ ، وإنَّما يُزِيلُ نِكاحَها اللعانُ[13] ، كما يُزِيلُه الطَّلاقُ . فإذا ماتتْ قبلَه ، فقد

٨/١٠٦ظ

---

(٦) فى الأصل : « تمام » .

(٧) فى ب : « النسب » .

(٨) فى ا : « وسقط » .

(٩) فى ا : « لعانه » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى ا ، ب ، م : « فيمنع » .

(١٢) فى م : « حكم » .

(١٣) فى ب : « باللعان » .

ماتتْ قبلَ وُجودِ ما يُزِيلُه ، فيكونُ موجودًا حالَ الموتِ ، فيُوجِبُ التَّوارُثَ ، وينْقَطِعُ بالمَوْتِ ، فلا يُمْكِنُ انْقِطاعُه مَرَّةً أخْرَى . وإن أرادَ الزَّوجُ اللِّعانَ ، ولم تكُنْ طالبَتْ بالحَدِّ فى حياتِها ، لم يكُنْ له أن يَلْتَعِنَ ، سَواءٌ كان ثَمَّ ولدٌ يُرِيدُ نَفْيَه أو لم يكُنْ . وقال الشافعىُّ : إن كان ثَمَّ ولدٌ يُرِيدُ نَفْيَه ، فله أن يَلْتَعِنَ . وهذا يَنْبَنِى على أصْلٍ ، وهو أنَّ اللِّعانَ إنَّما يكونُ بين الزَّوْجين ، فإنَّ لِعَانَ الرَّجُلِ وحدَه لا يَثْبُتُ به حُكْمٌ ، وعندَهم بخِلافِ ذلك . فأمَّا إن كانتْ طالَبَتْ بالحَدِّ فى حياتِها ، فإنَّ أوْلياءَها يقُومون فى الطَّلَبِ به مَقامَها ، فإن طُولِبَ به ، فله إسْقاطُه باللِّعانِ . ذكَره القاضى ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه[14] لا حاجةَ إليه مع عَدَمِ الطَّلَبِ ، فإنَّه لا حَدَّ عليه . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن كان للمرأةِ وارِثٌ غيرَ الزَّوجِ ، فله اللِّعانُ ، لِيُسْقِطَ الحَدَّ عن نَفْسِه ، وإلَّا فلا ؛ لعَدَمِ الحاجةِ إليه .

فصل : وإذا ماتَ المَقْذُوفُ قبلَ المُطالبةِ بالحَدِّ ، سَقَطَ ، ولم يكُنْ لوَرَثَتِه الطلبُ به . وقال أصحابُ الشافعىِّ يُورَثُ ، وإن لم يكنْ طالَبَ به ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « / مَنْ تَرَكَ حَقًّا فلِوَرَثَتِه »[15] . ولأنَّه حَقٌّ ثَبَتَ[16] له فى الحياةِ ، يُورَثُ إذا طالَبَ به ، فيُورَثُ وإن لم يُطَالِبْ به ، كحَقِّ القِصَاصِ . ولَنا ، أنَّه حَدٌّ تُعْتَبَرُ فيه المُطالبةُ ، فإذا لم يُوجَدِ الطَّلَبُ من المالِكِ ، لم يَجِبْ ، كحدِّ القَطْعِ فى السَّرِقةِ ، والحديثُ يَدُلُّ على أن الحَقَّ المَتْرُوكَ يُورَثُ ، وهذا ليس بمَتْرُوكٍ ، وأمَّا حَقُّ القِصَاصِ ، فإنَّه حقٌّ يجوزُ الاعْتِياضُ عنه ، ويَنْتَقِلُ إلى المالِ ، بخِلافِ ما نحن فيه ، فأمَّا إن طالَبَ به ثم مات ، فإنَّه تَرِثُه العَصَباتُ من النَّسَبِ دُونَ غيرِهم ؛ لأنَّه حقٌّ يَثْبُتُ لِدَفْعِ العارِ ، فاخْتَصَّ به العَصَباتُ ، كوِلَايةِ النكاحِ . وهذا أحدُ الوُجُوهِ لأصحابِ الشافعىِّ . ومتى ثَبَتَ للعَصَباتِ ، فلهم اسْتِيفاؤُه . وإن طَلَبَ أحَدُهم وحدَه ، فله اسْتِيفاؤُه . وإن عَفَى بَعْضُهم ، لم يَسْقُطْ ، وكان للباقِينَ استيفاؤُه . ولو بَقِىَ واحدٌ ، كان له استيفاءُ جَمِيعِه ؛ لأنَّه حقٌّ يُرَادُ للرَّدْعِ

١٠٧/٨و

---

(١٤) فى الأصل : « فإنه » .

(١٥) تقدم تخريجه ، فى : ٨ / ١٥٢ .

(١٦) فى الأصل ، ١ : « يثبت » .

والزَّجْرِ ، فلم يتَبَعَّضْ ، كسائرِ الحُدُودِ ، ولا يَسْقُطُ بإسْقاطِ البعضِ ؛ لأنَّه يرادُ لِدَفْعِ العارِ عن المَقْذُوفِ ، وكلُّ واحدٍ من العَصَباتِ يقومُ مقامَه فى اسْتِيفائِه ، فيَثْبُتُ له جَمِيعُه ، كوِلايةِ النكاحِ ، ويُفارِقُ حقَّ القِصَاصِ ؛ لأنَّ ذلك يفوتُ إلى بَدَلٍ ، ولو أسْقَطْناه هٰهُنا ، لَسَقَطَ حَقُّ غيرِ العافِى إلى غيرِ[17] بدلٍ . فعلى هذا ، لو قَذَفَ امْرَأتَه فماتَتْ بعدَ المُطالبةِ ، ولها أحدٌ من عَصَباتِها غيرُه ، فله اسْتِيفاؤُه ، وإن كان زَوْجُها عَصَبَتَها ، وليس لها أحدٌ سِوَاهُ ، سَقَطَ . وإن كان لها من عَصَبَتِها غيرُه ، فله الطَّلَبُ به ، ولا يَسْقُطُ ؛ لما[18] ذَكَرْنا ، من أنَّه يكْمُلُ لكلِّ واحدٍ ، بخِلافِ القِصَاصِ .

فصل : وإذا قَذَفَ امرأتَه ، وله بَيِّنةٌ ، تَشْهَدُ بزِنَاها ، فهو مُخَيَّرٌ بين لِعَانِها وبين إقامةِ البَيِّنَةِ ؛ لأنَّهما بَيِّنتَانِ ، فكانت له الخِيَرَةُ فى إقامةِ أيَّتِهما شاءَ ، كمَنْ له بدَيْنٍ شاهِدانِ وشاهِدٌ وامْرَأتانِ ، ولأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما يَحْصُلُ بها ما لا يَحْصُلُ بالأُخْرَى ، فإنَّه يحْصُلُ باللِّعانِ نَفْىُ النَّسَبِ الباطِلِ ، ولا يحصلُ ذلك بالْبَيِّنَةِ ، ويحصُلُ بالبَيِّنَةِ ثُبوتُ زِناها ، وإقامةُ الحدِّ عليها ، ولا يحصُلُ باللِّعانِ ، فإن لَاعَنَها[19] ونَفَى وَلَدَها ، ثم أراد إقامةَ البَيِّنَةِ ، فله ذلك ، فإذا أقامَها ، ثَبَتَ مُوجَبُ اللِّعانِ ومُوجَبُ البَيِّنَةِ ، وإن أقامَ البَيِّنةَ أوَّلًا ، ثَبَتَ الزِّنَى ومُوجَبُه ، ولم يَنْتَفِ عنه الولدُ ؛ فإنَّه لا يَلْزَمُ من الزِّنَى / كَوْنُ الولدِ منه . وإن أرادَ لِعانَها بعدَ ذلك ، وليس بينهما ولدٌ يريدُ نَفْيَه ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ الحدَّ قد انْتَفَى عنه بإقامةِ البَيِّنةِ ، فلا حاجةَ إليه ، وإن كان بينهما ولدٌ يُرِيدُ نَفْيَه ، فعلى قولِ القاضِى ، له أن يُلَاعِنَ . وقد ذكَرْنا ذلك فيما مضَى .

٨/١٠٧ظ

فصل : وإن قَذَفَها ، فطالَبَتْه بالحدِّ ، فأقامَ شاهِدَيْنِ على إقْرارِها بالزِّنَى ، سَقَطَ عنه الحَدُّ ؛ لأنَّـه ثَبَتَ تَصْدِيقُهـا إيَّـاه ، ولم يَجِبْ عليها الحدُّ[20] ؛ لأنَّ الحدَّ لا يجبُ إلَّا

---

(١٧) فى م : « غيره » .

(١٨) فى ا ، ب ، م : « بما » .

(١٩) فى الأصل : « لعانها » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ب .

بالإقْرارِ[٢١] أرْبعَ مَرَّاتٍ ، ويَسْقُطُ بالرُّجوعِ[٢٢] عن الإقْرارِ ، وهل يَثْبُتُ الإقرارُ بالزِّنَى بشاهِدَيْنِ ؟ قال أبو بكر : فيه قَوْلان ؛ أحدهما ، يثبتُ بشاهِدَيْنِ ، كسائرِ الأقاريرِ . واختارَه . والثانى ، لا يثبتُ به[٢٣] ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ به المُقَرُّ به ، فلا يَثْبُتُ به الإقْرارُ به ، كَرَجُلٍ وامرأتينِ . وإن لم تَكُنْ له بَيِّنَةٌ حاضِرةٌ ، فقال : لى بينةٌ غائِبَةٌ ، أُقِيمُها على الزِّنَى . أُمْهِلَ اليَوْمينِ والثَّلاثة ؛ لأنَّ ذلك قريبٌ ، فإن أتَى بالبَيِّنَةِ ، وإلَّا حُدَّ ، إلَّا أن يُلَاعِنَ إذا كان زَوْجًا . فإن قال : قَذَفْتُها وهى صغيرةٌ . وقالت : قَذَفَنِى وأنا كبيرةٌ . وأقام كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً بما قال ، فهما قَذْفانِ . وكذلك إن اخْتَلَفَا فى الكُفْرِ والرِّقِّ أو الوَقْتِ ؛ لأنَّه لا تَنَافِىَ بينهما ، إلَّا أن يكَونا مُؤَرَّخَتَيْنِ[٢٤] تأْرِيخًا واحدًا ، فيَسْقُطانِ ، فى أحَدِ الوَجْهينِ ، وفى الآخرِ ، يُقْرَعُ بينهما[٢٥] ، فمَن خَرَجَتْ قُرْعَتُه ، قُدِّمَتْ بَيِّنَتُه .

فصل : فإن شَهِدَ شاهِدان أنَّه قَذَفَ فُلانةَ وقَذَفَنَا . لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما ؛ لاعْتِرافِهما بعَداوَتِه لهما ، وشَهادةُ العَدُوِّ لا تُقْبَلُ على عَدُوِّه . فإن أبْرَآهُ وزالَتِ العَداوةُ ، ثم شَهِدَا عليه بذلك القَذْفِ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّها رُدَّتْ للتُّهْمةِ ، فلم تُقْبَلْ بعدُ ، كالفاسِقِ إذا شَهِدَ فرُدَّتْ شَهادَتُه لِفِسْقِه ثم تابَ وأعادَها . ولو أنَّهما ادَّعَيا عليه أنَّه قَذَفَهُما ، ثم أبْرَآهُ وزالتِ العَداوةُ ، ثم شَهِدَا عليه بقَذْفِ زَوْجَتِه ، قُبِلَتْ شَهادَتُهما ؛ لأنَّهما لم يُرَدَّا فى هذه الشهادةِ . ولو شَهِدَا أنَّه قَذَفَ امرأتَه ، ثم ادَّعَيا بعدَ ذلك أنَّه قَذَفَهما ، فإن أضافا دَعْواهُما إلى ما قبلَ شَهادَتِهما ، بَطَلَتْ شَهادَتُهما ؛ لاعْتِرافِهما أنَّه كان عَدُوًّا لهما حين شَهِدَا عليه . وإن لم يُضِيفاها إلى ذلك الوقتِ ، وكان ذلك قبلَ الحُكْمِ بشَهادَتِهما ، لم يُحْكَمْ بها ؛ لأنَّه لا يُحْكَمُ عليه بشَهادةِ عَدُوَّيْنِ ، وإن كان[٢٦] بعد الحُكْمِ ، لم يَبْطُلْ ؛

---

(٢١) فى الأصل : « بإقرار » .

(٢٢) فى ب ، م : « الرجوع » .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(٢٤) فى ا ، ب ، م : « مؤرخين » .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) فى ب ، م : « كانا » .

لأنَّ الحُكْمَ تَمَّ قبلَ وُجودِ المانع ، كظُهُورِ الفِسْقِ . وإن شَهِدا أنَّه قَذَفَ امْرأتَه وأُمَّنا ، لم تُقْبَلْ / شَهادَتُهما ؛ لأنَّها رُدَّتْ فى البعضِ للتُّهْمةِ ، فَوَجَبَ أن تُرَدَّ [27] فى الكُلِّ [27] . ١٠٨/٨ و
وإن شَهِدَا على أبِيهما أنَّه قَذَفَ ضَرَّةَ أُمِّهما ، قُبِلَتْ شَهادَتُهما . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ فى الجديدِ . وقال فى القديمِ : لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّهما يَجُرَّانِ إلى أُمِّهما نَفْعًا ، وهو أنَّه يُلَاعِنُها ، فتَبِينُ ، ويَتَوفَّرُ على أُمِّهِمَا . وليس بشىءٍ ، لأنَّ لِعانَه لها يَنْبَنِى على مَعْرِفَتِه بزِناها ، لا على الشهادةِ عليه بما لا يَعْتَرِفُ به . وإن شَهِدَا بطَلَاقِ الضَّرَّةِ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّهما [28] يَجُرَّانِ إلى أُمِّهما نَفْعًا ، وهو تَوْفِيرُه على أمِّهما . والثانى ، تُقْبَلُ ، لأنَّهما لا يَجُرّانِ إلى أنْفُسِهما نَفْعًا .

فصل : ولو شَهِدَ شاهدٌ أنَّه أقَرَّ بالعَرَبِيَّةِ أنَّه قَذَفَها ، وشَهِدَ آخرُ [29] أنَّه أقَرَّ بذلك بالعَجَمِيَّةِ ، تَمَّتِ الشَّهادةُ ، لأنَّ الاختِلافَ فى العَرَبِيَّةِ والعَجَمِيَّةِ عائدٌ إلى الإقْرارِ دونَ القَذْفِ ، ويجوزُ أن يكونَ القَذْفُ واحدًا والإقرارُ به فى مَرّتَيْنِ ، وكذلك لو شَهِدَ أحَدُهما أنَّه أقَرَّ يوم الخميسِ بقَذْفِها ، وشهدَ آخَرُ أنَّه أقَرَّ بذلك يومَ الجُمُعةِ ، تَمَّتِ الشَّهادةُ ؛ لما ذكَرْناه . وإن شَهِدَ أحدُهما أنَّه قَذَفَها بالعربيَّةِ ، وشهد الآخَرُ [30] أنَّه قَذَفَها بالعَجَمِيَّةِ ، أو شهِد أحَدُهما أنَّه قَذَفَها يوم الخميسِ ، وشَهِدَ الآخرُ أنَّه قَذَفَها يوم الجُمُعةِ [31] ، [32] أو شَهِدَ [32] أحَدُهما أنَّه أقَرَّ أنه قَذَفَها بالعربيةِ أو يومَ الخميسِ ، وشَهِدَ الآخرُ أنَّه أقر أنَّه قَذَفَها بالعَجَمِيَّةِ أو يومَ الجمعةِ [33] ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تَكْمُلُ الشَّهادةُ . وهو قولُ أبى بكرٍ ، ومذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الوَقْتَ ليس ذِكْرُه شَرْطًا فى الشَّهادةِ بالقَذْفِ ، وكذلك

(٢٧ – ٢٧) فى م : « للكل » .

(٢٨) فى النسخ زيادة : « لا » .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) فى الأصل : « آخر » .

(٣١) فى الأصل زيادة : « أو بالعجمية » . وفى ب ، م زيادة : « أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو بالعجمية » .

(٣٢ – ٣٢) فى ب ، م : « أو أشهد » .

(٣٣) فى ب ، م زيادة : « أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة » .

اللِّسانُ ، فلم يُؤثِّر الاختلافُ فيه[٣٤] ، كما لو شَهِدَ أحَدُهما أنَّه أقرَّ بقَذْفِها[٣٥] يومَ الخميسِ بالعَرَبيَّةِ ، وشَهِدَ الآخرُ أنَّه أقَرَّ بقَذْفِها يوم الجُمُعةِ بالعَجَمِيَّةِ . والآخرُ ، لا تَكْمُلُ الشَّهادةُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّهما قَذْفانِ لم تَتِمَّ الشَّهادةُ على واحدٍ منهما ، فلم تَثْبُتْ ، كما لو شَهِدَ أحَدُهما أنَّه تَزَوَّجَها يومَ الخميسِ ، وشهدَ الآخرُ أنَّه تزوَّجَها يومَ الجمعةِ ، وفارَقَ الإقْرارَ بالقَذْفِ ، فإنَّه يجوزُ أن يكونَ المُقِرُّ به واحدًا ، أقرَّ به فى وَقْتَيْنِ بلِسَانَيْنِ .

١٣٢٩ – مسألة ؛ قال : (**فمَتَى تَلاعَنَا وفَرَّقَ الحاكِمُ بينهما ، لم يَجْتَمِعا أبدًا**) .

فى هذه المسْألةِ مَسْألتان :

١٠٨/٨ ظ إحداهما : أنَّ الفُرْقَةَ / بين المُتَلاعِنَيْنِ لا تَحْصُلُ إلَّا بتَلاعُنِهما[١] جميعًا ، وهل يُعْتَبَرُ تَفْريقُ الحاكمِ بينهما ؟ فيه رِوَايَتان ؛ إحداهما ، أنَّه مُعْتَبرٌ فلا تحصُلُ الفُرْقةُ حتى يُفَرِّقَ الحاكمُ بينهما . وهو ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ ، وقولُ أصْحابِ الرَّأْيِ ؛ لقولِ ابنِ عباسٍ فى حدِيثِه : ففَرَّقَ رسولُ الله ﷺ بينهما[٢] . وهذا يَقْتَضِى أنَّ الفُرْقةَ لم تَحْصُلْ قبلَه . وفى حَدِيثِ عُوَيْمِرٍ ، قال : كَذَبْتُ عليها يا رَسُولَ الله إن أمْسَكْتُها . فطَلَّقَها ثَلاثًا قبلَ أن يَأْمُرَه رسولُ الله ﷺ[٣] . وهذا يَقْتَضِى إمْكانَ إمْساكِها ، وأنَّه وَقَعَ طَلاقُه ، ولو كانت الفُرْقةُ وَقَعَتْ قبلَ ذلك ، لَما وَقَعَ طَلاقُه ، ولا أمْكَنَه إمْساكُها . ولأنَّ سَبَبَ هذه الفُرْقةِ يَقِفُ على الحاكِمِ ، فالفُرْقةُ المتعلِّقةُ به لا[٤] تَقَعُ إلَّا بحُكْمِ الحاكِمِ ، كفُرْقةِ العُنَّةِ .

---

(٣٤) سقط من : ا ، م .

(٣٥) فى ا : « أنه قذفها » .

(١) فى م : « بلعانهما » .

(٢) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .

(٣) تقدم تخريجه ، فى : ٣٣٠/١٠ .

(٤) فى ا ، ب ، م : « لم » .

والرِّواية الثانية ، تحْصُلُ الفُرْقةُ بمُجَرَّدِ لِعانِهما . وهى اختيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ مالكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ[٥] ، وأبى ثَوْرٍ ، وداودَ ، وزُفَر ، وابنِ المُنْذِرِ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عباسٍ ؛ لما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : المُتَلاعِنانِ يُفَرَّقُ بينهما ، ولا يَجْتَمِعان أبدًا . رواه سعيدٌ[٦] . ولأنَّه مَعْنًى يَقْتَضِى التَّحْريمَ المُؤبَّدَ ، فلم يَقِفْ على حُكْمِ الحاكمِ ، كالرَّضاعِ ، ولأنَّ الفُرْقَةَ لو لم تَحْصُلْ إلَّا بتَفْرِيقِ الحاكمِ ، لَسَاغَ تَرْكُ التَّفْرِيقِ إذا كَرِهَاه ، كالتَّفْريقِ للعَيْبِ[٧] وللإعْسارِ[٨] ، ولَوَجَبَ أنَّ الحاكمَ إذا لم يُفَرِّقْ بينهما ، أن يَبْقَى النكاحُ مُسْتمِرًّا ، وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « لا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا »[٩] . يَدُلُّ على هذا ، وتَفْرِيقُه بينهما ، بمَعْنَى إعْلامِه لهما بحُصُولِ[١٠] الفُرْقةِ ، وعلى كِلْتا الرِّوايتَيْنِ ، لا تحصلُ الفُرْقةُ قبلَ تَمامِ اللِّعانِ منهما . وقال الشافعىُّ ، رَحِمه الله تعالى : تحصلُ الفُرْقةُ بلِعانِ الزَّوجِ وحدَه ، وإن لم تَلْتَعِنِ المَرْأةُ ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ حاصِلَةٌ بالقَوْلِ ، فتَحْصُلُ بقَوْلِ الزَّوجِ وحدَه ، كالطَّلاقِ . ولا نعلمُ أحدًا وافقَ الشَّافعىَّ على هذا القولِ ، وحُكِىَ عن البَتِّىِّ أنَّه لا يتعلَّقُ باللِّعانِ فُرْقةٌ ؛ لما رُوِىَ أنَّ العَجْلَانىَّ لمَّا لَاعَنَ امْرأتَه طَلَّقَها ثلاثًا ، فأنْفَذَه رسولُ الله ﷺ[١١] ، ولو وَقَعَتِ الفُرْقةُ ، لمَا نَفَذَ طَلَاقُه . وكلا القَوْلَيْنِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ فَرَّقَ بين المُتَلَاعِنَيْنِ . رواه عبدُ الله بن عمرَ ، وسَهْلُ بن سعدٍ ، وأخرَجَهُما مسلمٌ[١٢] . وقال سَهْلٌ : فكانت سُنَّةً لمن[١٣] كان بعدَهما ، أن يُفَرَّقَ بين المُتَلَاعِنَيْنِ .

---

(٥) فى ا ، ب ، م زيادة : « عنه » .

(٦) فى : باب ما جاء فى اللعان ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٦٠ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يكون بعد التعان الزوج ... ، من كتاب اللعان . السنن الكبرى ٧ / ٤١٠ .

(٧) فى ا : « بالعيب » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « والإعسار » .

(٩) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .

(١٠) فى الأصل : « حصول » .

(١١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٢١ .

(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ٣٣٠/١٠ .

(١٣) فى الأصل : « من » .

وقال عمرُ : المُتلاعِنانِ يُفَرَّقُ بينهما ، ثم لا يَجْتَمِعانِ أبدًا . وأمَّا القولُ الآخرُ ، فلا يَصِحُّ ؛ / لأنَّ الشَّرْعَ إنَّما وَرَدَ بالتَّفْرِيقِ بينَ المُتلاعِنَيْنِ ، ولا يكونان مُتلاعِنَيْنِ بلِعَانِ ١٠٩/٨و أحدِهما ، وإنَّما فَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بينهما بعد تَمامِ اللِّعانِ منهما ، فالقولُ بوُقُوعِ الفُرْقةِ قبلَه ، تحَكُّمٌ يُخالِفُ مَدْلُولَ السُّنَّةِ وفِعْلَ النبيِّ ﷺ ، ولأنَّ لَفْظَ اللِّعانِ لا يَقْتَضِى فُرْقةً ؛ فإنَّه إمَّا أيْمانٌ على زِناها ، أو شَهادةٌ بذلك ، ولولا وُرُودُ الشَّرْعِ بالتَّفْرِيقِ بينهما ، لم يَحْصُلِ التَّفْرِيقُ ، وإنَّما وَرَدَ الشرعُ به بعدَ لِعانِهما ، فلا يجوزُ تَعْلِيقُه على بعضِه ، كما لم يَجُزْ تَعْلِيقُه على بعضِ لِعانِ الزَّوْجِ ، ولأنَّه فَسْخٌ ثَبَتَ بأيْمانِ مُخْتلِفَيْنِ ، فلم يَثْبُتْ بيَمِينِ أحدِهما ، كالفَسْخِ لِتَحالُفِ المُتَبايِعَيْنِ عندَ الاخْتِلافِ ، ويَبْطُلُ ما ذَكَرُوه بالفَسْخِ بالعَيْبِ أو العِتْقِ ، وقولِ الزَّوْجِ : اخْتارِى . أو : أمْرُكِ[14] بيَدِكِ . أو : وَهَبْتُكِ لأهْلِكِ أو لِنَفْسِكِ . وأشْباهُ ذلك كثيرٌ . إذَا ثَبَتَ هذا ، فإنْ قُلْنَا[15] : إنَّ الفُرْقةَ تحْصُلُ بلِعانِهما . فلا تحصلُ إلَّا بعدَ إكْمالِ اللِّعانِ منهما . وإن قُلْنا : لا تَحْصُلُ إلَّا بتَفْرِيقِ الحاكمِ . لم يَجُزْ له أن يفرِّقَ بينهما إلَّا بعدَ كَمالِ لِعانِهما ، فإنْ فَرَّقَ قبلَ ذلك كان تَفْرِيقُه باطلًا ، ووُجُودُه[16] كعَدَمِه . وبهذا قال مالكٌ . وقال الشافعيُّ : لا تقَعُ الفُرْقةُ حتى يُكْمِلَ الزوجُ لِعانَه . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدُ بن الحسنِ : إذا فَرَّقَ بينهما بعدَ أن لَاعَنَ كلُّ واحدٍ منهما ثلاثَ مَرَّاتٍ ، أخْطَأَ السُّنَّةَ ، والفُرْقةُ جائزةٌ ، وإن فَرَّقَ بينهما بأقلَّ من ثلاثٍ ، فالفُرْقةُ باطلةٌ ؛ لأنَّ مَن أتَى بالثَّلاثِ فقد أتَى بالأكْثَرِ ، فيتَعَلَّقُ الحكمُ به . ولَنا ، أنَّه تَفْرِيقٌ قبلَ تَمامِ اللِّعانِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو فَرَّقَ بينهما لأقَلَّ مِن ثلاثٍ ، أو قبلَ لِعَانِ المرأةِ ، ولأنَّها أيْمانٌ مَشْرُوعةٌ ، لا يجوزُ للحاكِمِ الحُكْمُ قبلَها بالإجماعِ ، فإذا حَكَمَ ، لم يَصِحَّ حُكْمُه . كأيْمانِ المختلِفَيْنِ فى البَيْعِ . وكما قبلَ الثَّلاثِ ، ولأنَّ الشَّرْعَ

---

(١٤) فى م : « وأمرك » .

(١٥) فى ب ، م : « قلن » .

(١٦) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

إنَّما وَرَدَ بالتَّفريقِ بعدَ كَمالِ السَّبَبِ ، فلم يَجُزْ قبلَه ، كسائرِ الأسْبابِ ، وما ذكَرُوه تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ، ولا أصْلَ له ، ثم يَبْطُلُ بما إذا شَهِدَ بالدَّيْنِ رَجُلٌ وامرأةٌ واحدةٌ . أو بمَن تَوَجَّهَتْ عليه اليمينُ إذا أتَى بأكثرِ حُرُوفِها ، وبالمسابقةِ إذا قال : مَنْ سَبَقَ إلى خَمْسِ إصاباتٍ . فسَبَقَ إلى ثلاثةٍ ، وبسائرِ[17] الأسْبابِ ، فأمَّا إذا تَمَّ اللِّعانُ ، فلِلحاكمِ أن يُفرِّقَ بينهما من غيرِ اسْتِئْذانِهما ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ فَرَّقَ بين المُتلاعِنَيْنِ ، ولم يَسْتَأْذِنْهما .

وروَى مالكٌ ، عن نافعٍ ، عن ابنِ عمرَ ، أنَّ رَجُلًا / لَاعَنَ امرأتَه فى زَمَنِ رسولِ اللهِ ﷺ ، وانْتَفَى من وَلَدِها ، ففَرَّقَ رسولُ اللهِ ﷺ بينهما ، وألْحَقَ الولدَ بالمَرْأةِ . وروَى سُفْيانُ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن سَهْلِ بن سعدٍ ، قال : شَهِدْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَرَّقَ بين المُتلاعِنَيْنِ . أخْرَجَهما سعيدٌ[18] . ومتى قُلْنا : إنَّ الفُرْقَةَ لا تحصلُ إلَّا بتَفريقِ الحاكمِ . فلم يُفَرِّقْ بينهما ، فالنّكاحُ باقٍ بحالِه ؛ لأنَّ ما يُبْطِلُ النكاحَ لم يُوجَدْ ، فأشْبَهَ ما لو لم يُلَاعِنْ .

٨/١٠٩ظ

فصل : وفُرْقةُ اللِّعانِ فَسْخٌ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : هى طَلَاقٌ ؛ لأنَّها فُرْقةٌ من جِهَةِ الزَّوجِ ، تَخْتَصُّ النِّكاحَ ، فكانت طلاقًا ، كالفُرْقةِ بقَوْلِه : أنتِ طالِقٌ . ولَنا ، أنَّها فُرْقةٌ تُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فكانتْ فَسْخًا ، كفُرْقةِ الرَّضاعِ ، ولأنَّ اللِّعانَ ليس بصَرِيحٍ فى الطلاقِ ، ولا نَوَى به الطَّلاقَ ، فلم يكُنْ طلاقًا ، كسائرِ ما يَنْفسِخُ به النِّكاحُ ، ولأنَّه لو كان طَلاقًا ، لَوَقَعَ بِلِعانِ الزَّوْجِ دُونَ لِعَانِ المرأةِ .

---

(١٧) فى الأصل : « وسائر » .

(١٨) فى : باب ما جاء فى اللعان ، من كتاب الطلاق . السنن ٣٥٩/١ .

كما أخرج الأول البخارى ، فى : باب يلحق الولد بالملاعنة ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب ميراث الملاعنة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٧ / ٧٢ ، ٨ / ١٩١ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢ / ١١٣٢ ، ١١٣٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٨٨ ، ١٨٩ . والنسائى ، فى : باب نفى الولد باللعان وإلحاقه بأمه ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦/٦ . وابن ماجه ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٩ . والدارمى ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥١ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٦٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٧ ، ٦٤ ، ٧١ ، ١٢٦ .

فصل : وذكَر بعضُ أهْلِ العِلْمِ ، أنَّ الفُرْقَةَ إنَّما حَصلَتْ باللِّعانِ ؛ لأنَّ لَعْنَةَ اللهِ وغَضَبَه قد وَقَعَ بأحَدِهما لتَلاعُنِهما ، فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال عندَ الخامسةِ : « إنَّها المُوجِبَةُ[19] » . أى إنها تُوجِبُ لَعْنَةَ اللهِ وغضَبَه ، ولا نَعْلَمُ مَنْ هو منهما يَقِينًا ، ففرَّقْنا بينهما خَشْيَةَ أن يكونَ هو المَلْعونَ ، فيَعْلُوَ امرأةً غيرَ مَلْعُونةٍ ، وهذا لا يجوزُ ، كما لا يجوزُ أن يَعْلُوَ المُسْلمةَ كافرٌ ، ويمكنُ أن يُقالَ على[20] هذا : [21]لو كان هذا[21] الاحتمالُ مانِعًا من دَوامِ نِكاحِهما ، لمَنَعَه من نِكاحِ غيرِها ، فإنَّ هذا الاحْتمالَ مُتَحَقِّقٌ فيه . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ المُوجِبُ للفُرْقَةِ وُقُوعَ اللَّعْنةِ والغَضَبِ بأحَدِهما غيرَ مُعَيَّنٍ ، فيُفْضِي إلى عُلُوِّ مَلْعونٍ لغيرِ مَلْعونةٍ ، أو إلى إمْساكِه لمَلْعونةٍ مَغْضوبٍ عليها . ويَحْتَملُ أنَّ سَبَبَ الفُرْقَةِ النُّفْرةُ الحاصلةُ من إساءةِ كلِّ واحدٍ منهما إلى صاحِبِه ، فإنَّ الرَّجُلَ إن كان صادِقًا ، فقد أشاعَ فاحِشَتَها ، وفَضَحَها على رُءُوسِ الأشْهادِ ، وأقامَها مُقامَ خِزْيٍ ، وحَقَّقَ[22] عليها اللَّعْنَةَ والغَضَبَ ، وقَطَعَ نَسَبَ وَلَدِها ، وإن كان كاذِبًا ، فقد أضافَ إلى ذلك بُهْتَها وقَذْفَها بهذه الفِرْيةِ العظيمةِ ، والمرأةُ إن كانت صادقةً ، فقد أكْذَبَتْه على رُءُوسِ الأشْهادِ ، وأوْجَبَتْ عليه لَعْنَةَ اللهِ ، وإن كانت كاذبةً ، فقد أفْسَدَتْ فِراشَه ، وخانَتْه فى نَفْسِها ، وألْزَمَتْه العارَ والفَضِيحةَ ، وأحْوَجَتْه إلى هذا المَقامِ المُخْزِى ، فحَصَلَ لكلِّ واحدٍ منهما /نُفْرَةٌ من صاحِبِه ، لما حَصَلَ إليه من إساءَةٍ لا يكادُ يَلْتَئِمُ لهما معها حالٌ ، فاقْتَضَتْ حِكْمةُ الشارعِ[23] انْحِتامَ الفُرْقةِ بينهما ، وإزالةَ الصُّحْبةِ المُتَمَحِّضةِ مَفْسَدةً ، ولأنَّه إن كان كاذِبًا عليها ، فلا يَنْبَغِى أن يُسَلَّطَ على إمْساكِها ، مع ما صَنَعَ من القَبِيحِ إليها ، وإن كان صادِقًا ، فلا ينبغِى أن يُمْسِكَها مع عِلْمِه بحالِها ، ولهذا قال

١١٠/٨و

---

(١٩) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ - ٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) فى ب : « وجعل » .

(٢٣) فى الأصل : « الشرع » .

العَجْلانىُّ : كَذَبْتُ عليها إن أمْسَكْتُها . المسألة الثانية ، أنَّها تَحْرُمُ عليه باللِّعانِ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فلا تَحِلُّ له وإن أكْذَبَ نَفْسَه ، فى ظاهرِ المذهبِ . ولا خِلافَ بين أهلِ العلمِ ، فى أنَّه إذا لم يُكْذِبْ نَفْسَه لا تَحِلُّ له ، إلَّا أن يكونَ قولًا شاذًّا ، وأمَّا إذا أكْذَبَ نَفْسَه ، فالذى رَواه الجماعةُ عن أحمدَ ، أنَّها لا تَحِلُّ له أيضًا . وجاءت الأخْبارُ عن عمرَ بن الخطابِ ، وعلىِّ بن أبى طالبٍ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أنَّ المُتَلاعِنَيْنِ لا يَجْتَمِعان أبدًا . وبه قال الحسنُ ، وعَطاءٌ ، وجابرُ بن زيدٍ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والحَكَمُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعىُّ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو يُوسفَ . وعن أحمدَ روايةٌ أخرى : إنْ أكْذَبَ نَفْسَه ، حَلَّتْ له ، وعادَ فِراشُه بحالِه . وهى روايةٌ شاذَّةٌ . شَذَّ بها حَنْبَلٌ عن أصحابِه . قال أبو بكرٍ : لا نَعْلَمُ أحدًا رَواها[24] غيرَه . وينْبَغِى أن تُحْمَلَ هذه الرِّوايةُ على ما إذا لم يُفَرِّقْ بينهما الحاكمُ ، فأمَّا مع تَفْرِيقِ الحاكِمِ بينهما ، فلا وَجْهَ لبَقاءِ النكاحِ بحالِه ، وقد ذكَرْنا أنَّ مذهبَ الْبَتِّىِّ ، أنَّ اللِّعانَ لا يتعلَّقُ به فُرْقةٌ . وعن سعيدِ بن المُسَيَّبِ : إن أكْذَبَ نَفْسَه ، فهو خاطبٌ من الخُطَّابِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومحمدُ بن الحسنِ ؛ لأنَّ فُرْقةَ اللِّعانِ عندهما طلاقٌ . وقال سعيدُ بن جُبَيْرٍ : إن أكْذَبَ نَفْسَه ، رُدَّتْ إليه ما دامتْ فى العِدَّةِ . ولَنا ، ما رَوَى سَهْلُ بن سعدٍ ، قال : مَضَتِ السُّنَّةُ فى المُتَلاعِنَيْنِ أن يُفَرَّقَ بينهما ، ثم لا يَجْتَمِعانِ أبدًا[25] . رَواه الجُوزَجَانىُّ ، فى كِتابه بإسْنادِه . ورُوِىَ مثلُ هذا عن الزُّهْرِىِّ ومالكٍ . ولأنَّه تَحْرِيمٌ لا يَرْتَفِعُ قبلَ الحَدِّ والتَّكْذِيبِ ، فلم يرتفعْ بهما ، كتَحْرِيمِ الرَّضاعِ .

فصل : فإن كانت أمَةً ، فاشْتَراها مُلاعِنُها ، لم تَحِلَّ له ؛ لأنَّه[26] تَحْريمٌ مُؤَبَّدٌ ، فَحَرُمَتْ به على مُشْتَرِيها ، كالرَّضاعِ ، ولأنَّ المُطَلِّقَ ثَلاثًا إذا اشترَى مُطَلَّقَتَه ، لا[27] تَحِلُّ له قبلَ زَوْجٍ وإصابةٍ ، فهٰهُنا أَوْلَى ؛ لأنَّ هذا التَّحْريمَ مُؤَبَّدٌ ، وتَحْريمُ الطلاقِ / ٨/١١٠ظ

---

(٢٤) فى ب ، م : « رواه » .

(٢٥) انظر ما تقدم عن سهل بن سعد فى : ١٠/٣٣٠ .

(٢٦) فى م : « لأن تحريمها » .

(٢٧) فى الأصل : « لم » .

ليس بمُؤَبَّدٍ ، ولأنَّ[28] تَحْريمَ الطلاقِ يَخْتَصُّ النكاحَ ، وهذا لا يخْتَصُّ به . وهذا مذهبُ الشافعيِّ .

١٣٣٠ – مسألة ؛ قال : (**فَإنْ أكْذَبَ نفْسَهُ ، فَلَهَا عَلَيْهِ الْحَدُّ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الرجلَ إذا قَذَفَ امْرَأتَه ، ثم أكْذَبَ نَفْسَه ، فلها عليه الْحَدُّ ، سَواءٌ أكْذَبَها قبلَ لِعانِها أو بعدَه . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وأبي ثورٍ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ ، ولا نَعْلَمُ لهم مُخالِفًا ؛ وذلك لأنَّ اللِّعانَ أُقِيمَ مُقامَ البَيِّنةِ في حَقِّ الزَّوْجِ ، فإذا أكْذَبَ نَفْسَه بأنَّ[1] لِعانَهُ[2] كَذِبٌ ، وزِيادةٌ في هَتْكِها ، وتَكْرارٌ لقَذْفِها ، فلا أقَلَّ من أن يَجِبَ الحَدُّ[3] الذي كان واجبًا بالقَذْفِ المُجَرَّدِ . فإن عادَ عن إكْذابِ نَفْسِه ، وقال : لي بَيِّنةٌ أُقِيمُها بزِناها . أو أرادَ إسْقاطَ الحَدِّ عنه باللِّعانِ ، لم يُسْمَعْ منه ؛ لأنَّ البَيِّنةَ واللِّعانَ لتَحْقِيقِ ما قالَه ، وقد أقَرَّ بكَذِبِ نَفْسِه ، فلا يُسْمَعُ منه خِلافُه ، وهذا فيما إذا كانت المَقْذُوفةُ مُحْصَنةً ، فإن كانتْ غيرَ مُحْصَنةٍ ، فعليه التَّعْزِيرُ .

فصل : ويَلْحَقُه نَسَبُ الوَلَدِ ، سَواءٌ كان الولدُ[4] حيًّا أو ميتًا ، غَنِيًّا كان أو فقيرًا . وبهذا قال الشافعيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال الثَّوْرِيُّ : إذا اسْتَلْحَقَ الوَلَدَ المَيِّتَ نَظَرْنا ؛ فإن كان ذا مالٍ ، لم يَلْحَقْه ؛ لأنَّه إنَّما يَدَّعِي مالًا ، وإن لم يكُنْ ذا مالٍ ، لَحِقَه . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : إن كان الولدُ الميِّتُ تَرَكَ ولدًا ، ثَبَتَ نَسَبُه من المُسْتَلْحِقِ ، وتَبِعَه نَسَبُ ابْنِه ، وإن لم يَكُنْ[3] تَرَكَ ولدًا ، لم يَصِحَّ اسْتِلْحاقُه ، ولم يَثْبُتْ نَسَبُه ، ولا يَرِثُ منه المُدَّعِي شيئًا ؛ لأنَّ نَسَبَه مُنْقَطِعٌ بالموتِ ، فلم يَصِحَّ اسْتِلْحاقُه ، فإذا كان له ولدٌ كان مُسْتَلْحِقًا لوَلَدِه ، وتَبِعَه نَسَبُ المَيِّتِ . ولَنا ، أنَّ هذا ولدٌ نَفاهُ باللِّعانِ ، فكان له

---

(28) في ب : « وليس » .

(1) في الأصل : « أن » .

(2) في م : « لعانها » .

(3) سقط من : ب .

(4) سقط من : الأصل ، ا .

اسْتِلْحاقُه ، كما لو كان حيًّا ، أو كان له ولدٌ ، ولأنَّ ولدَ الولدِ يَتْبَعُ نَسَبَ الوَلَدِ ، وقد جَعَلَ أبو حنيفةَ نَسَبَ الولدِ تابِعًا لنسبِ ابْنِه ، فجَعَلَ الأصلَ تابعًا للفَرْعِ ، وذلك باطلٌ . فأمَّا قولُ الثَّوْرِىِّ : إنَّه إنَّما يَدَّعِي مالًا . قُلْنا : إنَّما يَدَّعِي النَّسَبَ والمِيراثَ ، والمالُ تَبَعٌ له . فإن قيلَ : فهو مُتَّهَمٌ فى أنَّ غَرَضَه حصولُ المِيراثِ . قُلْنا : إنَّ[5] النَّسبَ لا تَمْنَعُ التُّهْمَةُ لُحُوقَه ، بدليلِ أنَّه لو كان له أخٌ يُعادِيه ، فأقَرَّ بابْنٍ ، لَزِمَه ، وسَقَطَ مِيراثُ أخِيه ، ولو كان الابنُ حيًّا وهو غَنِىٌّ ، والأبُ فقيرٌ ، فاسْتَلْحقَه ، فهو مُتَّهَمٌ فى إيجابِ نَفَقَتِه على ابْنِه ، ويُقْبَلُ قولُه ، فكذلك هٰهُنا ، ثم كان يَنْبَغِى أن يَثْبُتَ النَّسَبُ هٰهُنا ؛ لأنَّه حَقٌّ للوَلَدِ ، ولا /تُهْمَةَ فيه ، ولا يَثْبُتُ المِيراثُ المُخْتَصُّ بالتُّهْمةِ ، ولا يَلْزَمُ من انْقِطاعِ [6] التَّبَعِ انْقِطَاعُ[6] الأصْلِ . قال القاضى : ويتعلَّقُ باللِّعانِ أربعةُ أحكامٍ ؛ حَقَّانِ عليه ، وُجُوبُ الحَدِّ ، ولُحُوقُ النسبِ . وحَقَّانِ له ؛ الفُرْقَةُ ، والتَّحْرِيمُ المُؤَبَّدُ ، فإذا أكْذَبَ نَفْسَه ، قُبِلَ قولُه فيما عليه ، فلَزِمَه الحدُّ والنَّسبُ ، ولم يُقْبَلْ فيما له ، فلم تَزُلِ الفُرْقَةُ ، ولا التَّحْرِيمُ المؤبدُ .

١١١/٨و

فصل : فإن لم يُكْذِبْ نَفْسَه ، ولكن لم يكنْ له بَيِّنةٌ ، ولا لاعَنَ ، أُقِيمَ عليه الْحَدُّ . فإن أُقِيمَ عليه بعضُه ، فبَذَلَ اللِّعانَ ، وقال : أنا أُلاعِنُ . قُبِلَ منه ؛ لأنَّ اللِّعانَ يُسْقِطُ[7] جَمِيعَ الحدِّ ، فيُسْقِطُ بعضَه ، كالبَيِّنةِ[8] . فإن ادَّعَتْ زَوْجَتُه أنَّه قَذَفَها بالزِّنَى ، فأنكرَ ، فأقامتْ عليه بَيِّنةً أنَّه قَذَفَها بالزِّنَى ، فقال : صَدَقَتِ البَيِّنةُ ، وليس ذلك قَذْفًا ؛ لأنَّ القَذْفَ الرَّمْىُ بالزِّنَى كَذِبًا ، وأنا صادقٌ فيما رَمَيْتُها به . لم يكُنْ ذلك إكْذابًا لِنَفْسِه ؛ لأنَّه مُصِرٌّ على رَمْيِها بالزِّنَى ، وله إسْقاطُ الْحَدِّ باللِّعانِ . ومذهبُ الشافعىِّ فى هذا الفصلِ كمَذْهَبِنا . فإن قال : ما زَنَتْ ، ولا رَمَيْتُها بالزِّنَى . فقامتِ البَيِّنَةُ عليه بقَذْفِها ، لَزِمَه الْحَدُّ ، ولم تُسْمَعْ بَيِّنَتُه ولا لِعانُه . نصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ قولَه :

---

(٥) سقط من : الأصل .

(٦ - ٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٧) فى ا : « أسقط » .

(٨) فى ا ، م : « بالبينة » .

ما زَنَتْ . تَكْذِيبٌ للبَيِّنةِ واللِّعانِ[٩] ، فلا تَثْبُتُ له حُجَّةٌ قد أكْذَبها . وجَرَى هذا مَجْرَى قولِه فى الوَدِيعةِ إذا ادُّعِيَتْ عليه ، فقال : ما أَوْدَعْتَنِى . فقامتْ عليه البَيِّنَةُ بالوَدِيعةِ ، فادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلفَ[١٠] ، لم يُقْبَلْ . ولو أجابَ بأنَّه مَالَه عندِى شىءٌ . أو لا[١١] يَسْتَحِقُّ علَىَّ شيئًا . فقامتْ عليه البَيِّنةُ ، فادَّعَى الرَّد أو التَّلفَ ، قُبِلَ منه .

١٣٣١ – مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ قَذَفَهَا ، وَانْتَفى مِنْ وَلَدِها ، وَتَمَّ اللِّعانُ بَيْنَهُما بتفْرِيقِ الْحَاكِمِ ، نُفِىَ عَنْهُ ، إِذَا ذَكَرَهُ فِى اللِّعَانِ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الزَّوْجَ إذا ولَدتِ امرأتُه ولَدًا يُمْكِنُ كَوْنُه[١] منه ، فهو ولدُه فى الحُكْمِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « الوَلَدُ للفِرَاشِ »[٢] . ولا يَنْتَفِى عنه إلَّا أن يَنْفِيَه باللِّعانِ التَّامِّ ، الذى اجْتَمعتْ شُرُوطُه ، وهى أربعةٌ ؛ أحدُها ، أن يُوجَدَ اللِّعانُ[٣] منهما جميعًا . وهذا قولُ عامةِ أهلِ العلمِ . وقال الشافعىُّ : يَنْتَفِى بلِعانِ الزَّوجِ وحدَه ؛ لأنَّ نَفْىَ الولدِ إنَّما كان بيَمِينِه والْتِعانِه[٤] ، لا بيَمِينِ المرأةِ على تَكْذِيبِه ، ولا مَعْنَى ليَمينِ المرأةِ فى نَفْىِ النَّسَبِ ، وهى تُثْبِتُه وتُكَذِّبُ قولَ من يَنْفِيه ، وإنَّما لِعانُها لِدَرْءِ الحَدِّ عنها[٥] ، كما قال اللهُ تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ / أَرْبَعَ شَهَـٰدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَـٰذِبِينَ ﴾[٦] . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ إنَّما نَفَى الولدَ عنه بعدَ تَلاعُنِهما ، فلا يجوزُ النَّفْىُ ببعضِه ، كبعضِ لِعانِ الزَّوجِ . والثانى : أن تَكْمُلَ ألفاظُ اللِّعانِ منهما جميعًا . الشَّرْط الثالث ، أن يَبْدَأَ بلِعانِ الزَّوجِ قبلَ المرأةِ ، فإن بَدَأَ بلِعانِ المرأةِ لم يُعْتَدَّ به . وبه قال

١١١/٨ ظ

---

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى ب : « والتلف » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « ولا » .

(١) فى ا : « أن يكون » .

(٢) تقدم تخريجه ، فى : ٣١٦/٧ .

(٣) فى م : « باللعان » .

(٤) فى الأصل : « ولعانه » .

(٥) فى م : « منها » .

(٦) سورة النور ٨ .

أبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالكٌ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ : إن فَعَلَ أخْطَأَ السُّنَّةَ ، والفُرْقةُ جائزةٌ ، ويَنْتَفِي الولدُ عنه ؛ لأنَّ اللهَ تعالى عَطَفَ لِعانَها على لِعَانِه بالواوِ ، وهى لا تَقْتَضِي تَرْتِيبًا[٧] ، ولأنَّ اللِّعانَ قد وُجِدَ منهما جميعًا ، فأشْبَهَ ما لو رتَّبَتْ . وعند الشافعيِّ ، لا يَتِمُّ اللِّعانُ إلَّا بالتَّرْتيبِ ، إلَّا أنَّه[٨] يَكْفِي عنده لِعَانُ الرَّجُلِ وحدَه لنَفْيِ الولدِ ، وذلك حاصلٌ مع إخْلالِه بالتَّرْتيبِ ، وعَدَمِ كَمالِ ألفاظِ اللِّعانِ من المرأةِ . ولَنا ، أنَّه أتَى باللِّعانِ على غيرِ ما وَرَدَ به القرآنُ والسُّنَّةُ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اقْتَصَرَ على لَفْظةٍ واحدةٍ ، ولأنَّ لِعانَ الرجلِ بَيِّنَتُه لإِثْباتِ زِنَاها ونَفْيِ ولدِها ، ولِعانَ المرأةِ للإِنْكارِ ، فقُدِّمَتْ بَيِّنةُ الإِثْباتِ ، كتَقْديمِ الشُّهودِ على الأيمانِ ، ولأنَّ لِعانَ المرأةِ لدَرْءِ العَذابِ عنها ، ولا يتَوَجَّهُ عليها ذلك إلَّا بلِعانِ الرَّجُلِ ، فإذا قَدَّمَتْ لِعانَها على لِعانِه ، فقد قَدَّمَتْه على وَقْتِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قدَّمَتْه على القَذْفِ . الشَّرْط الرابع ، أن يَذْكُرَ نَفْيَ الولدِ فى اللِّعانِ ، فإنْ[٩] لم يَذْكُرْ ، لم يَنْتَفِ[١٠] ، إلَّا أن يُعِيدَ اللِّعانَ ويذكرَ نَفْيَه . وهذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، واختيارُ القاضِي ، ومذهبُ الشافعيِّ . وقال أبو بكرٍ : لا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِ الولدِ ونَفْيِه ، ويَنْتَفِي بزَوَالِ الفِرَاشِ ؛ لأنَّ حَدِيثَ سَهْلِ بن سعدٍ ، الذى وَصَفَ فيه اللعانَ ، لم يذْكُرْ فيه الولدَ ، وقال فيه : ففَرَّقَ رسولُ اللهِ ﷺ بينهما ، وقَضَى أن لا يُدْعَى وَلَدُها[١١] لأبٍ ، ولا يُرْمَى ولدُها . رواه أبو داودَ[١٢] . وفى حديثٍ رواه مسلمٌ[١٣] ، عن عبد اللهِ[١٤] ، أن رَجُلًا لَاعَنَ امرأتَه على عهدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، ففَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بينهما ، وألْحَقَ الولدَ

---

(٧) فى ا ، ب ، م : « ترتيبها » .

(٨) فى الأصل زيادة : « مما » .

(٩) فى ب ، م : « فإذا » .

(١٠) فى ا زيادة : « عنه » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) فى : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٢١ .

(١٣) تقدم تخريجه فى : ٨/٣٧٣ .

(١٤) أى ابن عمر .

بأُمِّه . ولَنا ، أنَّ مَنْ سَقَطَ حقُّه باللِّعانِ ، كان ذِكْرُه شَرْطًا ، كالمرأةِ ، ولأنَّ غايةَ ما فى اللِّعانِ أن يُثْبِتَ زِناهَا ، وذلك لا يُوجِبُ نَفْىَ الولِدِ ، كما لو أقَرَّتْ به ، أو قامتْ به بَيِّنةٌ ، فأمَّا حديثُ سهل بن سعدٍ ، فقد رُوِىَ فيه : وكانت حامِلًا ، فأنْكَرَ حَمْلَها . من روايةِ البُخارِىِّ[15] . ورُوِىَ عن[16] ابن / عمرَ ، أن رَجُلًا لَاعَنَ امرأتَه فى زمنِ رسولِ اللهِ ﷺ ، وانْتَفَى من وَلَدِها ، ففرَّقَ رسولُ اللهِ ﷺ بينهما ، وألْحَقَ الولَدَ بالمرأةِ[17] . والزيادةُ من الثِّقةِ مَقْبُولةٌ . فعلى هذا ، لابُدَّ من ذِكْرِ الولِدِ فى كلِّ لَفْظةٍ ، ومع اللَّعْنِ فى الخامسةِ ؛ لأنَّها من لَفَظاتِ اللِّعانِ . وذكَرَ الْخِرَقِىُّ شَرْطًا خامسًا ، وهو تَفْرِيقُ الحاكمِ بينهما . وهذا على الرِّوايةِ التى تَشْتَرِطُ تَفْرِيقَ الحاكمِ لوُقوعِ الفُرْقَةِ ، فأمَّا على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، فلا يُشْتَرَطُ تَفْرِيقُ الحاكمِ لنَفْيِ الولِدِ ، كما لا يُشْتَرَطُ لدَرْءِ الحَدِّ عنه ، ولا لفَسْخِ النِّكاحِ . وشَرَطَ أيضًا شَرْطًا سادِسًا ، وهو أن يكونَ قد قَذَفَها . وهذا شَرْطُ اللِّعانِ[18] ، فإنَّه لا يكونُ إلَّا بعدَ القَذْفِ ، وسنَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى .

١١٢/٨ و

فصل : وإن وَلَدتِ امرأتُه تَوْأَمَيْنِ ، وهو أن يكونَ بينهما دون سِتَّةِ أشْهُرٍ . فاستَلْحَقَ[19] أحدَهما ، ونَفَى الآخرَ ، لَحِقَا به ؛ لأنَّ الحَمْلَ الواحدَ لا يجوزُ أن يكونَ بعضُه منه وبعضُه من غيرِه ، فإذا ثَبَتَ نَسَبُ أحدِهما منه ، ثَبَتَ نسبُ الآخرِ ضَرُورةً ، فجعلْنا ما نَفَاه تابِعًا لما اسْتَلْحَقَه ، ولم نَجْعَلْ ما أقَرَّ به تابِعًا لما نَفَاه ؛ لأنَّ النَّسَبَ يُحْتاطُ لإثْباتِه لا لِنَفْيِه ، ولهذا لو أتَتْ امرأتُه بولِدٍ يُمْكِنُ كونُه منه ، ويُمْكِنُ أن يكونَ من غيرِه ، ألْحَقْناه به احْتِياطًا ، ولم نَقْطَعْه عنه احْتِياطًا لِنَفْيِه . فإن كان قد قَذَفَ أُمَّهما وطَالَبَتْه بالحَدِّ ، فله إسْقاطُه باللِّعانِ . وحُكِىَ عن القاضى ، أنَّه يُحَدُّ ، ولا يَمْلِكُ إسْقاطَه

---

(١٥) فى : باب التلاعن فى المسجد ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٦٩ .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) هو الذى تقدم تخريجه فى : ٣٧٣/٨ .

(١٨) فى الأصل : « للعان » .

(١٩) فى م : « فاستحق » .

باللِّعانِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه باستِلْحاقِه اعْتَرفَ بكَذِبه في قَذْفِه ، فلم يُسْمَعْ إنكارُه بعدَ ذلك . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه لا يَلْزَمُ من كَوْنِ الولدِ منه ، انْتِفاءُ الزِّنَى عنها ، كما لا يَلْزمُ من وُجودِ الزِّنَى منها كونُ الولدِ منه ، ولذلك لو أقرَّتْ بالزِّنَى ، أو قامتْ به بَيِّنةٌ ، لم يَنْتَفِ الولدُ عنه ، فلا تَنافِيَ بين لِعانِه وبين اسْتِلْحاقِه[٢٠] للولدِ . وإن اسْتَلْحَقَ أحدَ[٢١] التَّوْأمَيْنِ وسَكَتَ عن الآخرِ ، لَحِقَه ؛ لأنَّه لو نَفاه لَلَحِقَه[٢٢] ، فإذا سَكَتَ عنه كان أوْلَى ، ولأنَّ امرأتَه متى أتَتْ بوَلدٍ ، لَحِقَه ما لم يَنْفِه عنه[٢٣] باللِّعانِ[٢٤] . وإن نَفَى أحَدَهما ، وسَكَتَ عن الآخرِ ، لَحِقاهُ جميعًا . فإن قيل : ألا نَفَيْتُم المَسْكوتَ عنه ؛ لأنَّه قد نَفَى أخاه ، وهما حَمْلٌ واحدٌ ؟ قُلْنا : لحُوقُ النَّسَبِ مَبْنِيٌّ على التَّغْلِيبِ ، وهو يَثْبُتُ بمُجَرّدِ الإمكانِ ، وإن كان / لم يَثْبُتِ الوَطْءُ ، ولا يَنْتَفِي [٢٥]لإمْكانِ النَّفْيِ[٢٥] ، فافْتَرقا . فإن أتَتْ بوَلدٍ ، فنَفَاه ، ولَاعَنَ لِنَفْيِه ، ثم ولَدتْ آخَرَ لأقَلَّ من سِتَّةِ أشهُرٍ ، لم يَنْتَفِ الثاني باللِّعانِ الأوَّلِ ؛ لأنَّ اللِّعانَ تناوَلَ الأوّلَ وحدَه ، ويحتاجُ في نَفْيِ الثاني إلى لِعانٍ ثانٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّه يَنْتَفِي بنَفْيِه من غيرِ حاجةٍ إلى لِعانٍ ثانٍ ؛ لأنَّهما حَمْلٌ واحدٌ ، وقد لَاعَنَ لِنَفْيِه مَرَّةً ، فلا يحْتاجُ إلى لِعانٍ ثانٍ . ذكَره القاضي . فإن أقَرَّ بالثاني ، لَحِقَه هو والأوَّلُ ؛ لما ذكَرْناه ، وإن سَكَتَ عن نَفْيِه ، لَحِقَاه أيضًا . فأمَّا إن نَفَى الولدَ باللِّعانِ ، ثم أتَتْ بولدٍ آخرَ بعدَ سِتَّةِ أشهُرٍ ، فهذا من حَمْلٍ آخَرَ ، فإنَّه لا يجوزُ أن يكونَ بين ولَدَيْنِ من حَمْلٍ واحدٍ مُدّةُ الحَمْلِ ، ولو أمْكنَ لم تكُنْ هذه مُدَّةَ حَمْلٍ كاملٍ . فإن نَفَى هذا الولدَ باللِّعانِ ، انْتَفَى ، ولا يَنْتَفِي بغيرِ اللِّعانِ ؛ لأنَّه حَمْلٌ مُنْفَرِدٌ ، وإن اسْتَلْحَقَه ، أو تَرَكَ نَفْيَه ، لَحِقَه وإن كانتْ قد بانَتْ باللِّعانِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أن يكونَ قد وَطِئَها بعدَ وَضْعِ

٨/١١٢ظ

---

(٢٠) في ا ، ب ، م : « استحقاقه » .

(٢١) في ا : « بأحد » .

(٢٢) في ا : « لحقه » .

(٢٣) في ا ، ب ، م : « عن » .

(٢٤) في ب ، م : « اللعان » .

(٢٥-٢٥) في ب ، م : « الإمكان للنفى » .

الأَوَّلِ . وإن لَاعَنها قبلَ وَضْعِ الأَوَّلِ ، فأَتَتْ بوَلِدٍ ، ثم ولدَتْ آخرَ بعدَ ستَّةِ أشْهُرٍ ، لم يَلْحَقْهُ الثانى ؛ لأنَّها بانَتْ باللِّعانِ ، وانْقَضَتْ عِدَّتُها بوَضْعِ الأَوَّلِ ، وكان حَمْلُها الثانى بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتها فى غيرِ نكاحٍ ، فلم يَحْتَجْ إلى نَفْيِه .

فصل : وإن مات أحدُ التَّوْأَمَيْنِ ، أو ماتا معًا ، فله أن يُلَاعِنَ لنَفْىِ نَسَبِهما . وبهذا[26] قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزَمُه نَسَبُ الحَىِّ ، ولا يُلاعِنُ إلَّا لنَفْىِ الحَدِّ ؛ لأنَّ المَيِّتَ لا يَصِحُّ نَفْيُه باللِّعانِ ، فإنَّ نَسَبَه قد انقطَعَ بمَوْتِه ، فلا حاجةَ إلى نَفْيِه باللِّعانِ ، كما لو ماتتِ امرأتُه ، فإنَّه لا يُلَاعِنُها بعدَ مَوْتِها ، لقَطْعِ النكاحِ ، لكَوْنِه قد انْقَطَعَ ، وإذا لم يَنْتَفِ المَيِّتُ لم يَنْتَفِ الحىُّ ؛ لأنَّهما حَمْلٌ واحدٌ . ولَنا ، أنَّ المَيِّتَ يُنْسَبُ إليه ، فيقال : ابنُ فلانٍ . ويَلْزَمُه تَجْهِيزُه ، وتَكْفِينُه ، فكان له نَفْىُ نَسَبِه ، وإسقاطُ مُؤْنَتِه ، كالحَىِّ ، وكما لو كان للمَيِّتِ ولدٌ .

١٣٣٢ – مسألة ؛ قال : (وإنْ أكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَ ذٰلِكَ ، لَحِقَه الْوَلَدُ) .

وجملةُ ذلك أنَّ الرجلَ إذا لَاعَنَ امرأتَه ، ونَفَى ولَدَها ، ثم أكْذَبَ نفسَه ، لَحِقَه الولدُ إذا كان حيًّا. بغير خلافٍ بين أهلِ العلمِ . وإن كان مَيِّتًا ، لَحِقَه نَسَبُه أيضًا . فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، سواءٌ كان له ولدٌ أو لم يكُنْ ، وسَواءٌ خَلَّفَ مالًا أو لم يُخَلِّفْ ؛ وذلك لأنَّ النَّسَبَ حَقٌّ للولدِ ، فإذا أقَرَّ به / ، لَزِمَه ، وسَواءٌ[1] تقدَّم إنكارُه له أو لم يكُنْ ، ولأنَّ سَبَبَ نَفْيِه عنه نَفْيُه له ، فإذا أكْذَبَ نفسَه . فقد زال سَبَبُ النَّفْىِ ، وبَطَلَ ، فوَجَبَ أن يَلْحَقَه نَسَبُه بحُكْمِ النِّكاحِ المُوجِبِ لِلُحُوقِ نَسَبِه به . ١١٣/٨و

فصل : والقَذْفُ على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ واجبٌ ، وهو أن يَرَى امرأتَه تَزْنِى فى طُهْرٍ لم يَطَأْها[2] فيه ، فإنه يَلْزَمُه اعْتِزالُها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ، فإذا أتَتْ بوَلِدٍ لسِتَّةِ أشْهُرٍ من

---

(٢٦) فى ا : « وبه » .

(١) سقطت الواو من : ب .

(٢) فى ا : « يجامعها » .

حينِ الزِّنَى ، وأمْكَنَه نَفْيُه عنه ، لَزِمَه قَذْفُها ، ونَفْىُ وَلَدِها ؛ لأنَّ ذلكَ يَجْرِى مَجْرَى اليَقِينِ فى أنَّ الولدَ من الزَّانِى ، فإذا لم يَنْفِه ، لَحِقَه الولدُ ، ووَرِثَه ، ووَرِثَ أقارِبَه ، ووَرِثُوا منه ، ونظَر إلى بناتِه وأخَواتِه ، وليس ذلك بجائزٍ ، فيَجِبُ نَفْيُه لإزالةِ ذلك . ولو أقَرَّتْ بالزِّنَى ، ووَقَعَ فى قَلْبِه صِدْقُها ، فهو كما لو رآها . الثانى ، أن يَراها تَزْنِى ، أو يَثْبُتَ عنده زِناها ، وليس ثَمَّ ولدٌ يَلْحَقُه نَسَبُه ، أو ثَمَّ ولدٌ لكنْ لا يَعْلَمُ أنَّه من الزِّنَى ، أو يُخْبِرَه بزِنَاها ثِقَةٌ يُصَدِّقُه ، أو يَشِيعَ فى الناسِ أنَّ فلانًا يَفْجُرُ بفُلانةَ ، ويُشاهِدَه عندها ، أو داخلًا إليها أو خارجًا من عندِها ، أو يَغْلِبَ على ظَنِّه فُجُورُها ، فهذا له قَذْفُها ؛ لأنَّه رُوِىَ عن عبدِ اللهِ ، أنَّ رجلًا أتَى النبىَّ ﷺ ، فقال : أرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مع امرأتِه رجلًا ، فتكَلَّمَ جَلَدْتُمُوه ، أو قَتَلَ قَتَلْتُمُوه ، أو سَكَتَ سَكَتَ على غيظٍ[3] . فذكَر أنه يتكَلَّمُ أو يَسْكُتُ ، ولم يُنْكِرْ عليه النبىُّ ﷺ . ولأنَّ النبىَّ ﷺ لم يُنْكِرْ على هِلالٍ والعَجْلانِىِّ قَذْفَهُما حين رَأَيا[4] . وإن سكَتَ جازَ ، وهو أحسنُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه فِراقُها بطَلاقِها ، ويكونُ فيه سَتْرُها وسَتْرُ نَفْسِه ، وليس ثَمَّ ولدٌ يَحْتاجُ إلى نَفْيِه . الحال الثالث ، مُحَرَّمٌ ، وهو ما عَدَا ذلك ، من قَذْفِ أزْواجِه والأجانِبِ ؛ فإنَّه من الكبائرِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْغَـٰفِلَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ لُعِنُواْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾[5] . وقال النَّبىُّ ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللهِ فِى شَىْءٍ ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللهُ جَنَّتَهُ ، وأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ ، احْتَجَبَ اللهُ مِنْهُ ، وفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ والآخِرِينَ » . رواه أبو داودَ[6] .

---

(3) أخرجه مسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢ / ١١٣٣ . وأبو داود ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٢٢ . وابن ماجه ، فى : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٢١ ، ٤٢٢ ، ٤٤٨ .

(4) تقدم تخريج حديثهما فى : ٨ / ٣٧٣ ، ١٠ / ٣٣٠ .

(5) سورة النور ٢٣ .

(6) فى : باب التغليظ فى الانتفاء ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٢٥ .

=

١١٣/٨ظ قولُه : « وهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْه » . يَعْنِى يَرَاه منه / ، فكما حَرَّمَ اللهُ على المرأةِ أن تُدْخِلَ على قَوْمٍ مَن ليس منهم ، حَرَّمَ على الرَّجُلِ جَحْدَ وَلَدِه . ولا يجوزُ قَذْفُها بخَبَرِ مَنْ لا يُوثَقُ بخَبَرِه ؛ لأنَّه غيرُ مَأْمونٍ على الكذِبِ عليها ، ولا برُؤْيَتِه رَجُلًا خارجًا من عندِها من غيرِ أن يَسْتَفِيضَ زِنَاها ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ دَخَلَ سارِقًا ، أو هارِبًا ، أو لحاجةٍ ، أو لغَرَضٍ فاسدٍ ، فلم يُمْكِنْهُ ، ولا لِاسْتفاضَةِ ذلك فى الناسِ من غيرِ قَرِينةٍ تَدُلُّ على صِدْقِهم ؛ لِاحْتِمالِ أن يكونَ أعداؤُها أشاعُوا ذلك عنها . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه يجوزُ ؛ لأنَّ الاسْتِفاضةَ أقْوَى من خَبَرِ الثِّقةِ . ولا بمُخالفةِ[7] الوَلَدِ لَوْنَ والدَيْه أو شَبَهِهما ، ولا لِشَبَهِه بغيرِ والِدَيْه ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : جاءَ رَجُلٌ من بَنِى فَزَارةَ إلى النَّبِىِّ ﷺ ، فقال : إنَّ امْرَأَتِى جاءت بوَلَدٍ أسْوَدَ . يُعَرِّضُ بنَفْيِه ، فقال له النَّبِىُّ ﷺ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » قال : نعم . قال : « فَمَا أَلْوَانُها ؟ » . قال : حُمْرٌ . قال : « هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ ؟ » . قال : إنَّ فيها لَوُرْقًا[8] . قال : « فَأَنَّى أتَاهَا ذٰلِكَ ؟ » قال : عَسَى أن يكونَ نَزَعَه عِرْقٌ . قال : « فَهٰذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ[9] نَزَعَهُ عِرْقٌ » . قال : ولم يُرَخِّصْ له فى[10] الانْتِفاءِ منه . مُتَّفَقٌ عليه[11] . ولأنَّ النَّاسَ كُلَّهُم من آدَمَ وحَوَّاءَ ، وأَلْوانُهُم وخِلَقُهُم مُخْتَلِفَةٌ ، فلَوْلَا مُخالَفَتُهُم شَبَهَ والِدَيْهِم ، لَكانوا على صِفَةٍ[12] واحدةٍ ، ولأنَّ دَلَالَةَ الشَّبَهِ ضَعِيفَةٌ ، ودلالةَ وِلَادَتِه على الفِراشِ قَوِيَّةٌ ، فلا يجوزُ تَرْكُ القَوِىِّ لمُعارَضَةِ الضعيفِ ، ولِذلك لمَّا تنازَعَ سعدُ بن أبى وَقَّاصٍ ، وعبدُ بن زَمْعَةَ ، فى ابْنِ وَلِيدَةِ

= كما أخرجه النسائى ، فى : باب التغليظ فى الانتفاء من الولد . المجتبى ٦ /١٤٧ . وابن ماجه ، فى : باب من أنكر ولده ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٦ . والدارمى ، فى : باب من جحد ولده وهو يعرفه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ /١٥٣ .

(٧) فى الأصل : « لمخالفة » .

(٨) فى م : « أورقا » .

(٩) فى ا زيادة : « قد » .

(١٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(١١) تقدم تخريجه ، فى : ٨ / ٣٧٢ .

(١٢) فى ا ، م : « خلقة » .

زَمْعَةَ ، ورأى النَّبِىُّ ﷺ بِهِ[13] شَبَهًا بَيِّنًا بعُتْبَةَ ، أَلْحَقَ الوَلَدَ بالفِرَاشِ ، وتَرَكَ الشَّبَهَ[14] . وهذا اختيارُ أبى عبدِ الله ابن حامدٍ ، وأحدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشافعىِّ . وذكر القاضى ، وأبو الخطَّاب ، أنَّ ظاهِرَ كلامِ أحمدَ ، جوازُ نَفْيِه . وهو الوَجْهُ الثانى لأصحابِ الشافعىِّ ؛ لقوْلِ النَّبىِّ ﷺ ، فى حديث اللِّعَانِ : « إنْ جاءَتْ به أَوْرَقَ جَعْدًا جُماليًّا خَدَلَّجَ الساقَيْنِ سابغَ الأَلْيَتَيْنِ ، فَهُوَ لِلَّذِى رُمِيْت بِه » . فأتَتْ به على النَّعْتِ المَكْرُوهِ ، فقال النَّبىُّ ﷺ : « لوْلَا الأَيْمانُ ، لَكان لى ولها شَأْنٌ[15] » . فجَعَلَ الشَّبَهَ دليلًا على نَفْيِه عنه ، [16] والصحيحُ الأَوَّلُ . وهذا الحديثُ إنَّما يَدُلُّ على نَفْيِه عنه[16] ، مع ما[17] تقدَّمَ من لِعانِه ونَفْيِه إيَّاهُ[17] عن نَفْسِه ، فجعلَ الشَّبَه مُرَجِّحًا لقولِه ، ودليلًا على تَصْدِيقِه ، وما تقدَّمَ من الأحاديثِ / يدُلُّ على عَدَمِ اسْتِقْلالِ الشَّبَهِ بالنَّفْىِ ، ولأنَّ هذا كان فى موضعٍ زال الفِرَاشُ ، وانْقَطَعَ نَسَبُ الولدِ عن صاحِبِه . فلا يَثْبُتُ مع بَقَاءِ الفِراشِ المُقْتَضِى لُحُوقَ نَسَبِ الولدِ بصاحِبِه . وإن كان يَعْزِلُ عن امْرأتِه ، فأتَتْ بولَدٍ ، لم يُبَحْ له نَفْيُه ؛ لما ذكَرْنا من حديثِ جابرٍ وأبى سَعِيدٍ[18] . وعن أبى سعيدٍ ، أنَّه قال : يا رَسُولَ الله ، إنَّا نُصِيبُ من النِّساءِ ، ونُحِبُّ الأَثْمانَ ، أفَنَعْزِلُ عَنْهُنَّ ؟ قال : « إنَّ اللهَ إذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ خَلَقَهَا » . ولأنَّه قد يَسْبِقُ من الماءِ ما لا يُحِسُّ به فتَعْلَقُ . وأمَّا إن كان لا يَطَؤُها إلَّا دُونَ الفَرْجِ ، أو فى الدُّبُرِ ، فأتَتْ بولدٍ ، فذَكَر أصحابُنا أنَّه ليس له نَفْيُه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ أن يَسْبِقَ الماءُ إلى الفَرْجِ فيَعْلَقَ به . وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشافعىِّ . وهو بعيدٌ ؛ لأنَّه من أحْكامِ الوَطْءِ فى الفَرْجِ ، فلا يتعَلَّقُ[19] بما دُونَه كسائرِ الأحْكام ، ودَلَالةُ عَدَمِ

١١٤/٨ و

---

(١٣) فى ا ، م : « فيه » .
(١٤) تقدم تخريجه ، فى : ٧ / ٣١٦ .
(١٥) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .
(١٦ - ١٦) سقط من : ب . نقل نظر .
(١٧) سقط من : ا ، ب ، م .
(١٨) تقدم التخريج ، فى : ٢٢٩/١٠ .
(١٩) فى ب زيادة : « به » .

الوَطْءِ فى الفَرْجِ على انتفاءِ الوَلَدِ أشَدُّ من دلالةِ مُخالفةِ الوَلَدِ لَوْنَ والِدَيْه . فأمَّا إن وُجِدَ أحَدُ هذه الوُجُوهِ التى ذكَرْنا مع الزِّنَى ، ويَحْتَمِلُ كَوْنُه منه أو من الزَّانِى ، مثل أن زَنَتْ فى طُهْرٍ أصَابَها فيه ، أو زَنَتْ فلم يَعْتَزِلْها ، ولكنه كان يَعْزِلُ عنها ، أو كان لا يَطَؤُها إلَّا دونَ الفَرْجِ ، لو كان الولدُ شَبِيهًا بالزَّانِى دُونَه ، لَزِمَه نَفْيُه ؛ لأنَّ هذا مع الزِّنَى يُوجِبُ نِسْبَتَه إلى الزَّانِى ، بدليلِ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ حَكَمَ بولدِ امرأةِ هِلالٍ لشَرِيكِ بن سَحْماء ، بشَبَهِه له ، مع لِعانِ هلالٍ لها ، وقَذْفِه إيَّاها . وأمَّا إذا أتَتْ زَوْجَتُه بولدٍ ، فشَكَّ فيه من غير مَعْرِفَتِه لِزِناها ، فلا يَحِلُّ له قَذْفُها ، ولا لِعانُها ؛ لما تقدَّمَ من حديثِ الفَزارِىِّ . وكذلك إن عَرَفَ زِناهَا ، ولم يَعْلَمْ أنَّ الوَلَدَ من الزَّانِى ، ولا وُجِدَ دَلِيلٌ عليه ، فليس له نَفْيُه ؛ لأنَّ الولَدَ لِلفِراشِ وللعاهِرِ الحَجَرُ .

فصل : فإن أُكْرِهَتْ زَوْجَتُه على الزِّنَى فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، فأتَتْ بولَدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ من الواطِئِ ، فهو منه ، وليس للزَّوْجِ قَذْفُها بالزِّنَى ؛ لأنَّ هذا ليس بزِنًى منها . وقياسُ المذهبِ أنَّه ليس له نَفْيُه ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ ؛ لأنَّ نَفْىَ الولدِ لا يكونُ إلَّا باللِّعانِ ، ومِن شَرْطِ اللِّعانِ القَذْفُ ، ولأنَّ اللِّعانَ لا يَتِمُّ إلَّا بلِعانِ المرأةِ ، ولا يَصِحُّ اللعانُ من المرأةِ هٰهُنا ؛ لأنَّها لا تُكَذِّبُ الزَّوْجَ فى إكْراهِها على ذلك . وهذا قولُ أصحابِ الرَّأْىِ . وذكر بعضُ أصحابِنا أنَّ[20] / فى ذلك روايتَيْنِ ؛ إحداهما ، له نَفْيُه باللِّعانِ ؛ لأنَّه مُحْتاجٌ إلى نَفْيِه ، فكان له نَفْيُه ، كما لو زَنَتْ مُطاوِعةً . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وهذا إنَّما يَصِحُّ عند الشافعىِّ لأنَّه يَرَى نَفْىَ الوَلَدِ بلِعانِ الزَّوْجِ وحدَه . وأما مَنْ لا يَرَى ذلك ، فلا يَصِحُّ عنده النَّفْىُ باللِّعانِ هٰهُنا . واللهُ تعالى أعلم .

٨/١١٤ظ

١٣٣٣ – مسألة ؛ قال : (وإنْ نَفَى الحَمْلَ فى الْتِعَانِه ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ[1] حَتَّى يَنْفِيَهُ عِنْدَ وَضْعِهَا لَهُ ، ويُلَاعِنَ)

---

(٢٠) سقط من : ا ، م .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

اخْتلَف أصحابُنا فيما إذا لَاعَنَ امرأتَه وهى حامِلٌ ، ونَفَى حَمْلَها فى لِعانِه ، فقال الْخِرَقِىُّ وجماعةٌ : لا يَنْتَفِى الحملُ بِنَفْيِه قبلَ الوَضْعِ ، ولا يَنْتَفِى حتى يُلاعِنَها بعدَ الوَضْعِ ، ويَنْتَفِى الولدُ فيه . وهذا قول أبى حنيفة ، وجماعةٍ من أهلِ الكُوفةِ ؛ لأنَّ الحملَ غيرُ مُسْتَيْقَنٍ يجوزُ أن يكونَ رِيحًا ، أو غيرها ، فيَصِيرُ نَفْيُه مَشْرُوطًا بوُجُودِه ، ولا يجوزُ تَعْليقُ اللِّعانِ بشَرْطٍ . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وجماعةٌ من أهلِ الحجازِ : يَصِحُّ نَفْىُ الحملِ ، ويَنْتَفِى عنه ، مُحْتجِّين بحديثِ هلالٍ ، وأنَّه نَفَى حملَها فنَفاهُ عنه النَّبىُّ ﷺ ، وألْحَقَه بالأُمِّ[2] . ولا خَفاءَ بأنَّه كان حَمْلًا ، ولهذا قال النَّبىُّ ﷺ : « انْظُرُوهَا ، فإنْ جَاءَتْ به كذا وكذا » . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : الآثارُ الدَّالةُ على صِحَّةِ هذا القولِ كثيرةٌ . وأوْرَدَها . ولأنَّ الحملَ مَظْنُونٌ بأَماراتٍ تَدُلُّ عليه ، ولهذا ثَبَتَتْ[3] للحاملِ أحكامٌ تُخالِفُ فيها[4] الحائلَ ؛ من النَّفقةِ ، والفِطْرِ فى الصِّيامِ ، وتَرْكِ إقامةِ الحَدِّ عليها ، وتأْخيرِ القِصاصِ عنها ، وغيرِ ذلك ممَّا يَطُولُ ذِكْرُه . ويَصِحُّ اسْتِلْحاقُ الحملِ ، فكان كالولدِ بعدَ وَضْعِه . وهذا القولُ هو الصَّحِيحُ ؛ لمُوافقتِه ظَواهِرَ الأحاديثِ ، وما خالفَ الحديثَ لا يُعْبأُ به كائنًا ما كان . وقال أبو بكرٍ : يَنْتَفِى الولدُ بزوالِ الفِراشِ ، ولا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِه فى اللعانِ . احْتِجاجًا بظاهرِ الأحاديثِ ، حيث لم يُنْقَلْ فيها نَفْىُ الحَمْلِ ، ولا التَّعَرُّضُ لِنَفْيِه . وقد ذكرنا ذلك ، فأمَّا مَنْ قال : إن الولدَ لا يَنْتَفِى إلَّا بِنَفْيِه بعدَ الوَضْعِ ، فإنَّه يحْتاجُ فى نَفْيِه إلى إعادةِ اللِّعانِ بعدَ الوَضْعِ . وقال أبو حنيفةَ ومَنْ وافقَه : إن لَاعَنَها حاملًا ، ثم أَتَتْ بالولدِ ، لَزِمَه ، ولم يتمَكَّنْ من نَفْيِه ؛ لأنَّ اللعانَ لا يكونُ إلَّا بين الزَّوْجَيْنِ ، وهذه قد بانتْ بِلِعانِها فى حالِ[5] حَمْلِها . وهذا فيه إلْزامُه ولدًا ليس منه ، وسَدُّ بابِ الانْتِفاءِ من أوْلادِ الزِّنَى ، واللهُ تعالى قد جَعَلَ / له إلى ذلك طَرِيقًا ، فلا يجوزُ سَدُّه ، ٨/١١٥و

---

(٢) فى م : « بالأول » . وتقدم تخريجه فى : ٨/٣٧٣ .

(٣) فى الأصل : « ثبت » .

(٤) فى ا ، ب ، م : « بها » .

(٥) سقط من : الأصل .

وإنَّما تُعْتَبَرُ الزَّوْجِيَّةُ فى الحالِ التى أضافَ الزِّنَى إليها فيه ؛ لأنَّ الولدَ الذى[٦] تأتِى به يَلْحَقُه إذا[٧] لم يَنْفِه ، فيحتاجُ إلى نَفْيِه ، وهذه كانت زَوجةً فى تلك الحالِ ، فمَلَكَ نَفْىَ ولدِها . واللهُ أعلم .

فصل : وإن اسْتَلْحَقَ الحملَ ، فمَن قال : لا يَصِحُّ نَفْيُه . قال : لا يصحُّ اسْتِلْحاقُه . وهو المنصوصُ عن أحمدَ . ومن أجازَ نَفْيَه ، قال :[٨] يَصِحُّ اسْتِلْحاقُه . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه مَحْكومٌ بوُجُودِه ، بدليل وُجُوبِ النفقةِ ، ووَقْفِ الميراثِ ، فصحَّ الإقرارُ به كالمولودِ ، وإذا اسْتَلْحَقَه لم يَمْلِكْ نفيَه بعدَ ذلك ، كما لو اسْتَلْحَقَه بعد الوضعِ . ومَنْ قال : لا يَصِحُّ اسْتِلْحاقُه . قال : لو صَحَّ استلحاقُه للَزِمَه[٩] بتَرْكِ نَفْيِه كالمولودِ ، ولا يَلْزَمُه ذلك بالإجماعِ . ولأنَّ للشَّبَهِ[١٠] أثَرًا فى الإلْحاقِ ، بدليلِ حديثِ المُلاعَنةِ ، وذلك مُخْتَصٌّ بما بعدَ الوضعِ ، فاخْتُصَّ صحةُ الإلْحاقِ[١١] به . فعلى هذا ، لو اسْتَلْحقَه ثم نَفاه بعدَ وَضْعِه ، كان له ذلك ، فأمَّا إن سَكَتَ عنه ، فلم يَنْفِه ، ولم يَسْتَلْحِقْه ، لم يَلْزَمْه عندَ أحدٍ عَلِمْنا قولَه ؛ لأنَّ تَرْكَه يحْتَمِلُ أن يكونَ لأنَّه لا يتحقَّقُ وُجودَه إلَّا أن يُلاعِنَها ، فإنَّ أبا حنيفةَ أَلْزَمَه الولدَ ، على ما أسْلَفْناه .

فصل : وإذا ولَدتِ امرأتُه ولدًا ، فسَكَتَ عن نَفْيِه ، مع إمْكانِه ، لَزِمَه نَسَبُه ، ولم يكُنْ له نفيُه بعدَ ذلك . وبهذا قال الشافعىُّ ، قال أبو بكرٍ : لا يتقدَّرُ ذلك بثلاثٍ ، بل هو على ما جَرَتْ به العادةُ ، إن كان ليلًا فحتى يُصْبِحَ ويَنْتَشِرَ الناسُ ، وإن كان جائعًا أو ظَمْآنَ فحتى يأكُلَ أو يَشْرَبَ ، أو ينامَ إن كان ناعِسًا ، أو يَلْبَسَ ثِيابَه ويُسْرِجَ دابَّته

---

(٦) فى الأصل : « التى » .

(٧) فى م : « وإذا » .

(٨) فى ا ، ب ، م زيادة : « لا » .

(٩) فى م : « لزمه » .

(١٠) فى الأصل : « فى الشبه » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « الاستلحاق » .

ويَرْكَبَ ويُصَلِّيَ إن حَضَرتِ الصلاةُ ، ويُحْرِزَ[١٢] مالَه إن كان غيرَ مُحْرَزٍ[١٣] ، وأشْباه هذا[١٤] من أشْغالِه ، فإن أخَّرَه بعدَ هذا كلِّه ، لم يكُنْ له نَفْيُه . وقال أبو حنيفةَ : له تأخيرُ نَفْيِه يومًا ويومين اسْتِحْسانًا ؛ لأنَّ النَّفْيَ عَقِيبَ الوِلادةِ يَشُقُّ ، فقُدِّرَ باليَوْمين لقِلَّتِه . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : يتَقَدَّرُ بمُدَّةِ النِّفاسِ ؛ لأنَّها جاريةٌ مَجْرَى الوِلادةِ في الحُكْمِ . وحُكِيَ عن عَطاءٍ ، ومُجاهِدٍ ، أنَّ له نَفْيَه ما لم يَعْتَرِفْ به فكان له نفيُه ، كحالةِ الوِلادةِ . ولَنا ، أنَّه خِيارٌ لدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فكان على الفَوْرِ ، كخِيارِ الشُّفْعةِ ، وقولُ النبيِّ ﷺ : « الْوَلَدُ للفِراشِ »[١٥] . عامٌّ خرَجَ منه / ما اتَّفَقْنا عليه مع السُّنَّةِ الثابتةِ ، فما عَدَاه يَبْقَى على عُمُومِ الحديثِ ، وما ذكَره أبو حنيفةَ يَبْطُلُ بخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، والأخْذِ بالشُّفْعةِ ، وتقديرُه بمُدَّةِ النِّفاسِ تَحَكُّمٌ لا دليلَ عليه ، وما قاله عطاءٌ يَبْطُلُ أيضا بما ذكَرْناه ، ولا يَلْزَمُ القِصاصُ ؛ فإنَّه[١٦] لِاسْتِيفاءِ حَقٍّ لا لِدَفْعِ ضَرَرٍ ، ولا الحَمْلُ ؛ لأنَّه[١٧] لم يتَحَقَّقْ ضَرَرُه . إذا ثَبَتَ هذا ، فهل يتقَدَّرُ الخِيارُ في النَّفْي بمَجْلِسِ العِلْمِ ، أو بإمكانِ النَّفْي ؟ على وجهين ؛ بِناءً على المُطالبةِ بالشُّفْعةِ ، فإن أخَّرَ نَفْيَه عن ذلك ، ثم ادَّعَى أنَّه لا يَعلمُ بالوِلادةِ ، وأمْكَنَ صِدْقُه ، بأن يكونَ في مَوْضعٍ يَخْفَى عليه ذلك ، مثل أن يكونَ في مَحلَّةٍ أُخْرَى ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ العِلْمِ ، وإن لم يُمْكِنْ ، مثل أن يكونَ معها في الدَّارِ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ ذلك لا يكادُ يَخْفَى عليه . وإن قال : عَلِمْتُ وِلادَتَه ، ولم أعلمْ أنَّ لي نَفْيَه . أو : عَلِمْتُ ذلك ، ولم أعلمْ أنَّه على الفَوْرِ . وكان ممَّن يَخْفَى عليه ذلك ، كعامَّةِ الناسِ ، قُبِلَ منه ؛ لأنَّ هذا ممَّا يَخْفَى عليهم ، فأشْبَهَ ما لو كان حديثَ عهدٍ بإسْلام ، وإن كان فقيهًا ، لم يُقْبَلْ ذلك منه ؛ لأنَّه ممَّا لا

٨/١١٥ ظ

---

(١٢) في ب : « ويحوز » .

(١٣) في الأصل : « محروز » .

(١٤) في م : « ذلك » .

(١٥) تقدم تخريجه في : ٣١٦/٧ .

(١٦) في ا ، م : « لأنه » .

(١٧) في ا : « فإنه » .

يَخْفَى عليه ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ منه ؛ لأنَّ الفَقِيهَ يَخْفَى عليه كثيرٌ من الأحكامِ . وقال أصحابُنا : لا يُقْبَلُ ذلك من الفَقِيه ، ويُقْبَلُ من الناشئِ ببادِيةٍ ، وحديثِ العَهْدِ بالإسلامِ . وهل يُقْبَلُ من سائرِ العامَّةِ ؟ على وَجْهين . وإن كان له عُذْرٌ يَمْنَعُه من الحُضُورِ لِنَفْيِه ، كالمَرَضِ والحَبْسِ ، أو الاشْتِغالِ بحِفْظِ مالٍ يخافُ ضَيْعَتَه ، أو بمُلازَمةِ غريمٍ يخافُ فوتَه أو غَيْبَتَه ، نَظَرْتَ ؛ فإن كانتْ مُدَّةُ ذلك قصيرةً [18]فأخَّرَهُ إلى[18] الحضُورِ ليَزُولَ عُذْرُه ، لم يَبْطُلْ نَفْيُه ؛ لأنَّه بمَنْزِلةِ مَنْ عَلِمَ ذلك ليلًا فأخَّره إلى الصُّبْحِ ، وإن كانت تَتَطاولُ ، فأمْكَنَه التَّنْفِيذُ إلى الحاكمِ ليَبْعَثَ إليه مَنْ يَسْتَوْفِى عليه اللِّعانَ والنَّفْىَ ، فلم يَفْعَلْ ، سَقَطَ نَفْيُه ، فإن لم يُمْكِنْه ، أشْهَدَ على نَفْسِه أنَّه نافٍ لوَلَدِ امرأتِه ، فإن لم يَفْعَلْ ، بَطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه إذا لم يَقْدِرْ على نَفْيِه قام[19] الإشْهادُ[20] مَقامَه ، كما يُقيمُ المريضُ الفَيْئةَ بقَوْلِه ، بَدَلًا عن الفَيْئةِ بالجماعِ . فإن قال : لم أُصدِّق المُخْبِرَ عنه . نَظَرْتَ ؛ فإن كان مُسْتَفِيضًا مُنْتَشِرًا ، لم يُقْبَلْ قولُه ، [21]وإن لم يكنْ مُسْتفيضًا ، وكان المُخْبِرُ مَشْهُورَ العَدالةِ ، لم يُقْبَلْ قولُه[21] ، وإلَّا قُبِلَ . وإن قال : لم أعْلَمْ أنَّ علىَّ ذلك . قُبِلَ قولُه ؛ لأنَّه ممَّا يَخْفَى . وإن عَلِمَ وهو غائبٌ ، فأمْكَنه السَّيْرُ ، فاشْتَغَلَ / به ، لم يَبْطُلْ خِيارُه ، وإن أقام مِن غيرِ حاجةٍ ، بَطَلَ ؛ لأنَّه أخَّرَه لغيرِ عُذْرٍ ، وإن كانتْ له حاجةٌ تَمْنَعُه من السَّيْرِ ، فهو على ما ذكرنا من قبلُ . وإن أخَّرَ نَفْيَه لغيرِ عذرٍ ، وقال : أخَّرْتُ نَفْيَه رَجاءَ أن يَمُوتَ ، فأسْتُرَ عليه وعلىَّ . بَطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه أخَّرَ نَفْيَه مع الإمْكانِ لغيرِ عُذْرٍ .

١١٦/٨و

فصل : فإنْ هُنِّئَ به ، فأمَّنَ على الدُّعاءِ ، لَزِمَه . فى قولهم جميعا . وإن قال : أحْسَنَ اللهُ جَزاءَك . أو : بارَكَ اللهُ عليك . أو : رَزَقَكَ اللهُ مثلَه . لَزِمَه الوَلَدُ . وبهذا قال

(١٨-١٨) فى ا : « فأخر » .

(١٩) فى ب ، م : « كان » .

(٢٠) بعد هذا فى م زيادة : « قائما » .

(٢١ - ٢١) سقط من : ب . نقل نظر . وسقط : « قوله » من : م .

أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّه جازَاه على قَصْدِه . وإذا قال : رَزَقَكَ اللهُ مثلَه . فليس ذلك إقْرارًا ، ولا مُتَضَمِّنًا له . ولَنا ، أنَّ ذلك جوابُ الرَّاضِى فى العادةِ ، فكان إقْرارًا ، كالتَّأْمِينِ على الدُّعاءِ . وإن سَكَتَ، كان إقْرارًا . ذكره أبو بكرٍ ؛ لأنَّ السُّكوتَ صُلْحٌ دَالًّا[٢٢] على الرِّضَى فى حَقِّ البِكْرِ ، وفى مواضعَ أُخْرَى[٢٣] ، فهٰهُنا أَوْلَى . وفى كلِّ مَوْضِعٍ لَزِمَه الولدُ ، لم يكُنْ له نَفْيُه بعدَ ذلك . فى قولِ جماعةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذرِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الحسنُ : له أن يُلَاعِنَ لنَفْيِه ما دامتْ أُمُّه عنده يَصِيرُ لها الوَلَدُ ، ولو أقَرَّ به . والذى عليه الجمهورُ أَوْلَى ؛ فإنَّه أقَرَّ به ، فلم يَمْلِكْ جَحْدَه ، كما لو بانَتْ منه أُمُّه ، ولأنَّه أقَرَّ بحَقٍّ عليه ، فلم يُقْبَلْ منه جَحْدُه ، كسائرِ الحُقُوقِ .

١٣٣٤ ــ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ جَاءَتِ امرأَتُهُ بِوَلَدٍ ، فَقَالَ : لَمْ تَزْنِ ، ولٰكِنْ لَيْسَ[١] هٰذا الْوَلَدُ مِنِّى . فهُوَ وَلَدُه فِى الْحُكْمِ ، ولَا حَدَّ عَلَيْهِ لَهَا**)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا وَلَدَتْ . فقال زوجُها : ليس هذا الولدُ مِنِّى . أو قال : ليس هذا وَلَدِى . فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ هذا ليس بقَذْفٍ بظاهِرِه ، لِاحْتمالِ أنَّه[٢] يريدُ أنَّه من زَوْجٍ آخرَ ، أو من وَطْءٍ بشُبْهةٍ[٣] ، أو غيرِ ذلك ، ولكنَّه يُسْأَلُ ، فإن قال : زَنَتْ ، فولَدَتْ هذا من الزِّنَى . فهذا قَذْفٌ يَثْبُتُ به اللِّعانُ ، وإن قال : أرَدْتُ أنَّه[٤] لا يُشْبِهُنى خَلْقًا ولا خُلُقًا . فقالت : بل أرَدْتَ قَذْفِى . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بمُرادِه ، ولا[٥] سِيَّما إذا صَرَّحَ بقولِه : لم

---

(٢٢) فى م : « دال » . والمثبت على أنه حال من السكوت .
(٢٣) فى الأصل ، ب : « أخر » .
(١) سقط من : م .
(٢) فى ا ، ب : « أن » .
(٣) فى الأصل ، ا : « شبه » .
(٤) فى ا ، ب ، م : « أن » .
(٥) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

تَزْنِ . وإن قال : وُطِئَتْ بشُبْهةٍ ، والوَلَدُ من الْوَاطِئِ . فلا حَدَّ عليه أيضا ؛ لأنَّه لم يَقْذِفْها ، ولا قَذَفَ واطِئَها . وإن قال : أُكْرِهَتْ على الزِّنَى . فلا حَدَّ أيضا ، لأنَّه لم يَقْذِفْهَا ، ولا لِعانَ فى هذه المواضعِ ؛ لأنَّه لم يَقْذِفْها ، ومن / شَرْطِ اللِّعانِ القَذْفُ ، ويَلْحَقُه نَسَبُ الوَلَدِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وذكر القاضى أن[6] فى هذه الصُّورةِ الآخِرَةِ[7] روايةً أُخْرَى ، أنَّ له اللِّعانَ ؛ لأنَّه مُحْتاجٌ إلى نَفْيِ الولِدِ ، بخلافِ ما إذا قال : وُطِئَتْ بشُبْهةٍ . فإنَّه يُمْكِنُ نَفْىُ النَّسَبِ بعَرْضِ الولِدِ على القافَةِ[8] ، فيُسْتَغْنَى بذلك عن اللِّعانِ ، فلا يُشْرَعُ ، كما لا يُشْرَعُ لِعانُ أمَتِه ، لمَّا أمْكَنَ نَفْىُ نَسَبِ ولدِها بدَعْوَى الاسْتِبْراءِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . ولَنا ، أن اللِّعانَ إنَّما وَرَدَ به الشَّرْعُ بعدَ القَذْفِ ، فى قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ . الآية[9] . ولمَّا لَاعَنَ النبىُّ ﷺ بين هِلالٍ وامرأتِه كان بعد قَذْفِه إيَّاها[10] ، وكذلك لما لاعَنَ بين عُوَيْمِرٍ العَجْلانىِّ وامرأتِه كان بعد قَذْفِه إيَّاها[11] ، ولا يَثْبُتُ الحُكْمُ إلَّا فى مثلِه ، ولأنَّ نَفْىَ اللِّعانِ إنَّما يَنْتَفِى به الولدُ بتَمامِه منهما ، ولا يتَحقَّقُ اللِّعانُ من المرأةِ هٰهُنا . فأمَّا إن قال : وَطِئَكِ فلانٌ بشُبْهةٍ ، وأنت تَعْلَمِينَ الحالَ . فقد قَذَفَها ، وله لِعانُها ، ونَفْىُ نَسَبِ ولدِها ، وقال القاضى : ليس له نَفْيُه باللِّعانِ . وكذلك قال أصحابُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه نَفْىُ نَسَبِه[12] بعَرْضِه على القافةِ[8] ، فأشْبَهَ ما لو قال : واشْتَبَه عليكِ أيضا . ولَنا ، أنَّه رامٍ لزَوْجَتِه ، فيدخلُ فى عمومِ قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . ولأنَّه رامٍ لِزَوجَتِه بالزِّنَى ، فمَلَكَ لِعانَها ونَفْىَ وَلَدِها ، كما لو قال : زَنَى بكِ فلانٌ . وما

١١٦/٨ ظ

---

(٦) سقط من : ب .
(٧) فى ب : « الأخرى » .
(٨) فى م : « القاذفة » .
(٩) سورة النور ٦ .
(١٠) تقدم تخريجه فى : ٥/٣٧٣ .
(١١) تقدم تخريجه فى : ١٠/٣٣٠ .
(١٢) فى ب : « نسب ولده » .

ذكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه قد لا يُوجَدُ قافَةٌ ، وقد لا يعْترِفُ الرجلُ بما نُسِبَ إليه ، أو يَغِيبُ ، أو يموتُ ، فلا يَنْتَفِي الولدُ . وإن قال : ما ولَدْتِهِ[١٣] وإنما الْتَقَطْتِه[١٤] أو اسْتَعَرْتِه[١٥] . فقالت : بل هو وَلَدِى منكَ . لم يُقْبَلْ قولُ المرأةِ إلَّا ببَيِّنةٍ . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الوِلادةَ يُمْكِنُ إقامةُ الْبَيِّنةِ عليها ، والأصلُ عَدَمُها ، فلم تُقْبَلْ دَعْواها من غيرِ بَيِّنةٍ ، كالدَّيْنِ . قال القاضى : وكذلك لا تُقْبَلُ دَعْواها للوِلادةِ ، فيما إذا عَلَّقَ طَلاقَها بها ، ولا دَعْوَى الأمةِ لها لِتَصِيرَ بها أُمَّ وَلَدٍ ، ويُقْبَلُ قولُها فيها لِتَنْقَضِىَ عِدَّتُها بها . فعلى هذا لا يَلْحَقُه الولدُ إلَّا أن تُقِيمَ بَيِّنةً ، وهى امرأةٌ مَرْضِيَّةٌ ، تَشْهَدُ بولادَتِها له ، فإذا ثَبَتَتْ وِلادتُها له ، لَحِقَه نَسَبُه ؛ لأنَّه وُلِدَ على فِراشِه ، والوَلَدُ للفِراشِ . وذكر القاضِى ، فى موضعٍ آخَرَ ، أنَّ القولَ قولُ المرأةِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِى أَرْحَامِهِنَّ ﴾[١٦] . / وتَحْرِيمُ كِتْمانِه دليلٌ على قَبُولِ قَوْلِها فيه ، ولأنَّه خارِجٌ من المرأةِ ، تَنْقَضِى به عِدَّتُها ، فقُبِلَ قولُها فيه ، كالحَيْضِ ،[١٧] ولأنَّه حُكْمٌ يتَعَلَّقُ بالوِلادةِ ، فقُبِلَ قولُها فيه ، كالحَيْضِ[١٧] . فعلى هذا ، النَّسَبُ لَاحِقٌ به ، فهل له نَفْيُه باللِّعانِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، ليس له نَفْيُه ؛ لأنَّ إنكارَه لوِلادَتِها إيَّاه ، إقرارٌ بأنَّها لم تَلِدْه من زِنًى ، فلا يُقْبَلُ إنكارُه لذلك ، لأنَّه تَكْذِيبٌ لِنَفْسِه . والثانى ، له نَفْيُه ؛ لأنَّه رامٍ لزَوْجَتِه ، ونافٍ لِوَلَدِها ، فكان له نَفْيُه[١٨] باللِّعانِ ، كغيرِه .

٨/١١٧و

فصل : ومَنْ ولَدَتِ امرأتُه ولدًا لا يُمْكِنُ كونُه منه فى النِّكاحِ ، لم يَلْحَقْه نَسَبُه ، ولم يَحْتَجْ إلى نَفْيِه ؛ لأنَّه يعلمُ أنَّه ليس منه ، فلم يَلْحَقْه ، كما لو أَتَتْ به عَقِيبَ نِكاحِه لها ، وذلك مثل أن تَأْتِىَ به لدُون سِتَّةِ أشهرٍ مُنْذُ[١٩] تَزَوَّجَها ، فلا يَلْحَقُ به ، فى قولِ كلِّ مَنْ

---

(١٣) فى الأصل ، ا ، ب : « ولدتيه » .

(١٤) فى الأصل ، ا : « التقطتيه » .

(١٥) فى الأصل ، ا ، ب : « استعرتيه » .

(١٦) سورة البقرة ٢٢٨ .

(١٧ – ١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٨) فى الأصل : « نفيها » .

(١٩) فى ب ، م : « من حين » .

عَلِمْنا قولَه من أهلِ العلمِ ؛ لأنَّنا نعلمُ أنَّها عَلِقَتْ به قبلَ أن يتزوّجها . وإن كان الزوجُ طِفلًا له أقلُّ من عَشْرِ سِنِين ، فأتَتِ امرأتُه بولدٍ ، لم يَلْحَقْه ؛ لأنَّه لا[20] يُوجَدُ ولدٌ لمِثْلِه ، ولا يُمْكِنُه الوَطْءُ . وإن كان له عَشْرٌ ، فحمَلتِ امرأتُه ، لَحِقَه ولدُها ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « واضْرِبُوهُمْ عَلَى الصَّلَاةِ لِعَشْرٍ ، وفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فى الْمَضَاجِعِ[21] » . وقال القاضى : يَلْحَقُ به ، إذا أتَتْ به لتِسْعةِ أعوامٍ ونصفِ عامٍ مُدّةِ الحَمْلِ ؛ لأنَّ الجارِيَةَ يُولَدُ لها لتِسْعٍ ، فكذلك الغلامُ . وقال أبو بكر : لا يَلْحَقُه حتى يَبْلُغَ ؛ لأنَّ الولدَ إنَّما يكونُ من الماءِ ، ولا يَنْزِلُ حتى يَبْلُغَ . ولَنا ، أنَّه زَمَنٌ يُمْكِنُ البُلُوغُ فيه ، فيَلْحَقُه الولدُ ، كالبالغِ ، وقد رُوِىَ أنَّ عمرَو بن العاصِ ، وابنَه عبد الله ، لم يَكُنْ بينهما إلَّا اثنا عَشَرَ عاما ، وأمْرُ النبيِّ ﷺ بالتَّفْرِيقِ بينهم ، دَلِيلٌ على إمكانِ الوَطْءِ الذى هو سَبَبُ الولادةِ ، وأمَّا قياسُ الغُلامِ على الجارِيةِ ، فغيرُ صحيحٍ ، فإنَّ الجاريَةَ يُمْكِنُ الاسْتِمْتاعُ بها لِتسْعٍ عادةً ، والغُلامُ لا يُمْكِنُه الاسْتِمْتاعُ لتسعٍ ، وقد تَحِيضُ لتسعٍ ، وما عَهِدْنا[22] بلوغَ غُلامٍ لتسعٍ . ولو تزوَّجَ رجلٌ امرأةً فى مجلسٍ ، ثم طَلَّقَها فيه قبلَ غَيْبَتِه عنهم ، ثم أتَتِ امرأتُه بولدٍ لستَّةِ أشْهُرٍ من حينِ العَقْدِ ، أو تزوَّجَ مشرِقىٌّ بمَغْرِبيَّةٍ ، ثم مَضَتْ سِتَّةُ أشْهُرٍ ، وأتَتْ بولدٍ ، لم يَلْحَقْه . وبذلك قال مالكٌ ، والشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْحَقُه نَسَبُه ؛ لأنَّ الولدَ إنَّما يلْحَقُه بالعَقْدِ ، ومُدَّةِ الحَمْلِ ، ألَا تَرَى أنَّكم قُلْتُم : إذا مَضَى زمانُ الإمْكانِ ، لَحِقَ الولدُ ، وإن عُلِمَ / أنَّه لم يَحْصُلْ منه الوَطْءُ . ولَنا ، أنَّه لم يَحْصُلْ إمْكانُ الوَطْءِ[23] فى هذا[23] العقدِ ، فلم يَلْحَقْ به الولدُ ، كزَوْجةِ ابن سَنَةٍ ، أو كما لو وَلَدَتْه لدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ ، وفارَقَ ما قاسُوا عليه ؛ لأنَّ الإمْكانَ إذا وُجِدَ لم يُعْلَمْ أنَّه ليس منه قَطْعًا ، لجوازِ أن يكونَ وَطِئَها من حيثُ لا يَعْلَمُ ، ولا سبيلَ لنا إلى معرفةِ حقيقةِ الوَطْءِ ، فعَلَّقْنا الحُكْمَ على إمْكانِه فى النكاحِ ، ولم

١١٧/٨ ظ

---

(٢٠) سقط من : م . وفى الأصل ، ب : « لم » .

(٢١) تقدم تخريجه فى : ٣٥/٢ .

(٢٢) فى ا ، ب ، م : « عهد » .

(٢٣-٢٣) فى م : « بهذا » .

يَجُزْ حَذْفُ الإمْكانِ عن الاعْتبارِ ، لأنَّه إذا انْتَفَى حَصَلَ اليقينُ بانْتِفائِه عنه[٢٤] ، فلم يَجُزْ إلْحاقُه به مع يَقِينِ كَوْنِه ليس منه . وإن ولَدَتِ امرأةُ مَقْطوعِ الذَّكَرِ والأُنْثَيَيْنِ ، لم يَلْحَقْ نَسَبُه به . فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِيلُ منه الإنْزالُ والإيلاجُ . وإن قُطِعَتْ أُنْثَياهُ دون ذَكَرِه ، فكذلك ؛ لأنَّه لا يُنْزِلُ ما يُخْلَقُ منه الولدُ . وقال أصحابُنا : يَلْحَقُه النَّسَبُ ؛ لأنَّه يُتَصَوَّرُ منه الإيلاجُ ، ويُنْزِلُ ماءً رَقِيقًا . ولَنا ، أنَّ هذا لا يُخْلَقُ[٢٥] منه ولدٌ عادةً ، ولا وُجِدَ ذلك ، فأشْبَهَ ما لو قُطِعَ ذَكَرُه معهما ، ولا اعتِبارَ بإيلاجٍ لا يُخْلَقُ منه الولدُ ، كما لو أَوْلَجَ إصْبَعَه . وأمَّا قَطْعُ ذَكَرِه وَحْدَه ، فإنَّه يَلْحَقُه الولدُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أن يُسَاحِقَ ، فيُنْزِلَ ماءً يُخْلَقُ منه الولدُ . ولأصْحابِ الشافعيِّ اخْتلافٌ فى ذلك ، على نحوِ ما ذكَرْنا من الخلافِ عندَنا . قال ابن اللَّبانِ : لا يَلْحَقُه الولدُ فى هاتَيْنِ الصُّورتينِ . [٢٦] فى قولِ الجمهورِ[٢٦] . وقال بعضُهم : يَلْحَقُه بالفِراشِ . وهو غَلَطٌ ؛ لأنَّ الولدَ إنَّما يَلْحَقُ بالفِراشِ إذا أمْكَنَ ، ألا تَرَى أنَّها إذا وَلَدَتْ بعد شَهْرٍ منذُ تَزَوَّجَها لم يَلْحَقْه ، وهٰهُنا لا يُمْكِنُ ؛ لِفَقْدِ المَنِيِّ من المَسْلُولِ ، وتَعَذُّرِ إيصالِ المنىِّ إلى قَعْرِ الرَّحِمِ من المَجْبُوبِ . ولا مَعْنَى لقولِ مَنْ قال : يَجوزُ أن تَسْتَدْخِلَ المرأةُ مَنِيَّ الرجلِ ، فتَحْمِلَ ؛ لأنَّ الولدَ مخلوقٌ من مَنِىِّ الرجلِ والمرأةِ جميعًا ، ولذلك يأخُذُ الشَّبَهَ منهما ، وإذا اسْتَدْخَلَتِ المنىَّ بغير جِماعٍ ، لم تَحْدُثْ لها لَذَّةٌ تُمْنِي بها ، فلا يَخْتَلِطُ نَسَبُهما[٢٧] ، ولو صَحَّ ذلك ، لَكان الأجْنَبِيَّانِ الرجلُ والمرأةُ إذا تَصادقَا أنها اسْتَدْخَلَتْ مَنِيَّه ، وأن الولدَ من ذلك المَنِىِّ ، يَلْحَقُه نَسَبُه ، وما قال ذلك أحدٌ .

فصل : وإنْ طَلَّقَ امرأتَه وهى حاملٌ[٢٨] ، فوضَعَتْ ولدًا ، ثم ولدتْ آخرَ قبلَ مُضِىِّ

---

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) فى ا : « يلحق » . وفى م : « يحقق » .

(٢٦ – ٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) فى ا ، ب ، م : « منهما » .

(٢٨) فى الأصل : « حائض » .

سِتَّةِ أشْهُرٍ ، فهو[29] من الزَّوْجِ[30] ؛ لأنَّنا نعْلمُ أنهما حَمْلٌ واحدٌ ، فإذا كان أحدُهما منه ، فالآخَرُ منه . وإن كان بينهما أكثرُ من سِتَّةِ أشْهُرٍ ، لم يَلْحَقِ الزوجَ ، وانْتَفى عنه من غيرِ /لِعانٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يكونَ الولدان حَمْلًا واحدًا وبينهما مُدَّةُ الحملِ ، فعُلِمَ أنَّها عَلِقَتْ به بعدَ زَوالِ الزَّوْجيَّةِ ، وانْقِضاءِ العِدَّةِ ، وكَوْنِها أجْنَبِيَّةً ، فهى كسائرِ الأجْنَبِيَّاتِ . وإن طَلَّقَها ، فاعْتَدَّتْ بالأقْراءِ ، ثم ولَدَتْ ولدًا قبلَ مُضِيِّ سِتَّةِ أشْهُرٍ من آخِرِ أقْرائِها، لَحِقَه ؛ لأنَّنا تَيَقَّنَّا أنَّها لم تَحْمِلْه بعدَ انْقضاءِ عِدَّتِها ، ونعلمُ أنَّها كانت حاملًا به[31] فى زَمَنِ رُؤْيةِ الدَّمِ ، فيَلْزَمُ أن لا يكونَ الدَّمُ حَيْضًا ، فلم تَنْقَضِ عِدَّتُها به . وإن أتَتْ به لأكثرَ من ذلك ، لم يَلْحَقْ بالزَّوْجِ . وهذا قولُ أبى العَبَّاسِ ابن سُرَيْجٍ . وقال غيرُه من أصحابِ الشافعىِّ : يَلْحَقُ به ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أن يكونَ منه ، والولدُ يَلْحَقُ بالإِمْكانِ . ولَنا ، أنَّها أتَتْ به بعدَ الحُكْمِ بانْقِضاءِ عِدَّتِها ، فى وقتٍ يُمْكِنُ أن لا يكونَ منه ، فلم يَلْحَقْه ، كما لو انْقَضَتْ عِدَّتُها بوَضْعِ الحَمْلِ ، وإنَّما يُعْتَبَرُ الإِمْكانُ مع بقاءِ الزَّوْجِيَّةِ أو العِدَّةِ ، وأمَّا بعدَهما ، فلا يُكْتَفَى بالإِمْكانِ لِلَحاقِه ، وإنَّما يُكْتَفى بالإِمْكانِ لِنَفْيِه ، وذلك لأنَّ الفِراشَ سَبَبٌ ، ومع وُجُودِ السَّبَبِ يُكْتَفى بإمْكانِ الحِكْمةِ واحتمالِها ، فإذا انْتَفَى السَّبَبُ وآثارُه ، فيَنْتَفِى الحكمُ لِانتفائِه ، ولا يُلْتَفَتُ إلى مُجَرَّدِ الإِمْكانِ . واللهُ أعلم . فأمَّا إن وَضَعَتْه قبلَ انقضاءِ العِدَّةِ لأقَلَّ من أرْبَعِ سِنِينَ ، لَحِقَ بالزَّوْجِ ، ولم يَنْتَفِ عنه إلَّا باللِّعانِ . وإن وضَعَتْه لأكْثَرَ من أربعِ سِنِينَ من حينِ الطلاقِ ، وكان بائِنًا ، انْتَفَى عنه بغيرِ لِعانٍ ؛ لأنَّنا عَلِمْنا أنَّها عَلِقَتْ به بعدَ زوالِ الفِراشِ . وإن كان رَجْعِيًّا ، فوَضَعَتْه لأكثرَ من أربعِ سِنِينَ منذُ انْقَضَتِ العِدَّةُ ، فكذلك ؛ لأنَّها عَلِقَتْ به بعدَ البَيْنُونةِ . وإن وضَعَتْه لأكثرَ من أربعِ سِنِين مُنْذُ الطَّلاقِ ، ولأقلَّ منها منذُ انْقَضتِ العِدَّةُ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يَلْحَقُه ؛ لأنَّها لم تَعْلَقْ به قبلَ طَلاقِها ، فأشْبَهتِ

(29) فى م : « فهم » .

(30) فى ب زيادة : « فى قول الجمهور » .

(31) سقط من : ا .

البائِنَ . والثانية ، يَلْحَقُه ؛ لأنَّها فى حُكْمِ الزَّوْجاتِ فى السُّكْنَى والنَّفقةِ والطلاقِ والظِّهارِ والإِيلاءِ والحلِّ ، فى رِوايةٍ ، فأشْبَهَ مَا قبلَ الطَّلاقِ .

فصل : فإن غابَ عن زَوْجَتِه سنِينَ ، فبَلَغَتْها وفاتُه ، فاعْتَدَّتْ ، ونَكَحَتْ نِكاحًا صحيحًا فى الظاهرِ ، ودَخَلَ بها الثانى ، وأوْلَدَها أولادًا ، ثم قَدِمَ الأوَّلُ ، فُسِخَ نِكاحُ الثانى ، ورُدَّتْ إلى الأوَّلِ ، وتَعْتَدُّ من الثانى ، ولها عليه صداقُ مِثْلِها ، والأولادُ له ؛ لأنَّهم وُلِدُوا على فِراشِه . رُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ الله عنه . وهو قولُ الثَّوْرىِّ ، وأهلِ العراقِ / ، وابنِ أبى لَيْلَى ، ومالكٍ ، وأهلِ الحجازِ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى يوسفَ ، وغيرِهم من أهلِ العلمِ ، إلَّا أبا حنيفةَ ، قال : الولدُ للأوَّلِ ؛ لأنَّه صاحِبُ الفِراشِ ، لأنَّ نِكاحَه صحيحٌ ثابتٌ ، ونِكاحُ الثانى غيرُ ثابتٍ ، فأشْبَهَ الأجْنَبِىَّ . ولَنا ، أن الثانىَ انْفَرَدَ بوَطْئِها فى نكاحٍ يَلْحَقُ النَّسَبُ فى مِثْلِه ، فكان الولدُ له دونَ غيرِه ، كوَلَدِ الأمَةِ من زَوْجِها يَلْحَقُه دُونَ سَيِّدِها ، وفارَقَ الأجْنَبِىَّ ، فإنَّه ليس له نِكاحٌ .

١١٨/٨ ظ

فصل : وإن وَطِئَ رَجُلٌ امرأةً لا زَوْجَ لها بشُبْهةٍ ، فأتَتْ بوَلَدٍ ، لَحِقَه نَسَبُه . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ . وقال القاضى : وَجَدْتُ بخَطِّ أبى بكرٍ ، أنَّه لا يَلْحَقُ به ؛ لأنَّ النَّسَبَ لا يَلْحَقُ إلَّا فى نكاحٍ صحيحٍ ، أو فاسدٍ ، أو مِلْكِ يَمينٍ[٣٢] ، أو شُبْهةِ مِلْكٍ ، ولم يُوجَدْ شىءٌ من ذلك ، ولأنَّه وَطْءٌ لا يستنِدُ إلى عَقْدٍ ، فلم يَلْحَقِ الولدُ فيه بالوَطْءِ ، كالزِّنَى . والصحيحُ فى المذهبِ الأوَّلُ . قال أحمدُ : كلُّ من دَرَأْتَ عنه الحَدَّ ألْحَقْتَ به الولدَ . ولأنَّه وَطْءٌ اعْتَقَدَ الواطِئُ حِلَّه ، فلَحِقَ به النَّسَبُ ، كالوَطْءِ فى النِّكاحِ الفاسدِ . وفارق وَطْءَ الزِّنَى ، فإنَّه لا يَعْتَقِدُ الحِلَّ فيه . ولو تَزَوَّجَ رَجُلانِ أُخْتَيْنِ ، فغُلِطَ بهما عندَ الدُّخُولِ ، فزُفَّتْ كلُّ واحدةٍ منهما إلى زَوْجِ الأُخْرَى ، فوَطِئَها ، وحَمَلَتْ منه ، لَحِقَ الولدُ بالواطِئِ ؛ لأنَّه وَطْءٌ يَعْتَقِدُ حِلَّه ، فلَحِقَ به النَّسَبُ ، كالوَطْءِ فى نكاحٍ فاسدٍ .

---

(٣٢) سقط من : ا ، ب ، م .

وقال أبو بكرٍ : لا يكونُ الولدُ للواطئ ، وإنَّما يكونُ للزَّوْجِ . وهذا الذى يَقْتَضِيه مذهبُ أبى حنيفةَ ، لأنَّ الولدَ للفِراشِ . ولَنا ، أنَّ الوَاطِىءَ انفَرَدَ بوَطْئِها فيما يَلْحقُ به النَّسَبُ ، فلَحِقَ به كما لو لم تكُنْ ذاتَ زَوْجٍ ، وكما لو تزوَّجتِ امرأةُ المفْقودِ عندَ الحُكْمِ بوَفاتِه ثم بان حَيًّا ، والخبرُ مخصوصٌ بهذا ، فنَقِيسُ عليه ما كان فى معناه . وإن[٣٣] وُطِئَتِ امرأتُه أو أمَتُه بشُبْهةٍ فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، فاعْتَزَلها حتى أتَتْ بولَدٍ لسِتَّةِ أشْهُرٍ من حينِ الوَطْءِ ، لَحِقَ الواطئَ ، وانْتَفَى عن الزَّوْجِ من غيرِ لِعانٍ ، وعلى قولِ [٣٤]أبى بكرٍ[٣٤] ، وأبى حنيفةَ : يَلْحَقُ بالزَّوْجِ[٣٥] ؛ لأنَّ الولدَ للفِرَاشِ . وإن أنكرَ الواطئُ الوَطْءَ ، فالقولُ قولُه بغيرِ يَمِينٍ ، ويَلْحَقُ نَسَبُ الولدِ بالزَّوْجِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إلْحاقُه بالمُنْكِرِ ، ولا تُقْبَلُ دَعْوَى الزَّوْجِ فى قَطْعِ نَسَبِ الولدِ . وإن أتَتْ بالولدِ لدُونِ ستَّةِ أشْهُرٍ / من حينِ الوَطْءِ لَحِقَ الزَّوجَ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّنا نعلمُ أنَّه ليس من الواطئِ . وإن اشْتَرَكا فى وَطْئِها فى طُهْرٍ ، فأتَتْ بولدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ منهما ، لَحِقَ الزَّوجَ[٣٦] ؛ لأنَّ الولدَ للفِرَاشِ ، وقد أمْكَنَ كونُه منه[٣٧] . وإن ادَّعَى الزَّوْجُ أنَّه من الواطئِ . فقال بعضُ أصحابنا : يُعْرَضُ على القافَةِ معهما فيُلْحَقُ بمن ألْحَقَتْه به منهما ، فإن ألْحَقَتْه بالواطئِ لَحِقَه ، ولم يَمْلِكْ نَفْيَه عن نَفْسِه ، وانْتَفَى عن الزَّوجِ بغيرِ لِعانٍ ، وإن ألْحَقَتْهُ بالزَّوجِ لَحِقَه ، ولم يملكْ نَفْيَه باللِّعانِ فى أصَحِّ الرِّوايتينِ . والأُخْرَى ، له ذلك . وإن ألْحَقَتْهُ[٣٨] بهما ، لَحِقَ بهما ، ولم يَمْلِكِ الواطئُ نَفْيَه عن نَفْسِه . وهل يَمْلِكُ الزَّوْجُ نَفْيَه باللِّعانِ ؟ على روايتَيْنِ . وإن لم تُوجَدْ قافةٌ ، أو أنكرَ الواطئُ الوَطْءَ ، أو اشْتَبَه على القافةِ ، لَحِقَ الزَّوْجَ ؛ لأنَّ المُقْتَضِىَ لِلَحاقِ النَّسَبِ به مُتَحقِّقٌ ، ولم يُوجَدْ ما يُعارِضُه ، فوَجَبَ إثْباتُ حُكْمِه . ويَحْتَمِلُ أن

١١٩/٨و

(٣٣) سقط من : م .
(٣٤ - ٣٤) سقط من : ب .
(٣٥) فى ب ، م : « الزوج » .
(٣٦) فى ا زيادة : « بكل حال » .
(٣٧) سقط من : الأصل .
(٣٨) فى ا ، م : « ألحقه » .

يَلْحَقَ الزَّوجَ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّ دلالةَ قولِ الْقافةِ ضَعِيفةٌ ، ودلالةَ الفِراشِ قويَّةٌ ، فلا يجوزُ تَرْكُ دلالَتِه لمُعارَضةِ دَلالةٍ ضَعِيفةٍ .

فصل : وإن[39] أتت امْرأتُه[40] بولدٍ ، فادَّعَى أنَّه من زَوْجٍ قَبْلَه ، نَظَرْنا ؛ فإن كانتْ تزوَّجَتْ بعدَ انْقضاءِ العِدَّةِ ، لم يَلْحَقْ بالأوَّلِ بحالٍ ، وإن كان[41] بعدَ أربعِ سِنِينَ منذُ بانَتْ من الأوَّلِ ، لم يَلْحَقْ به أيضا ، وإن وَضَعَتْه لأقلَّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ تَزَوَّجَها الثانى ، لم يَلْحَقْ به ، ويَنْتَفِى عنهما ، وإن كان لأكثرَ من سِتَّةِ أشْهُرٍ ، فهو وَلَدُه ، وإن كان لأكْثرَ من سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ تزوَّجَها الثانى ، ولأقلَّ من أربعِ سِنِينَ من طَلاقِ الأوَّلِ ، ولم يَعْلَمِ انْقِضاءَ العِدَّةِ ، عُرِض على الْقافةِ ، ولَحِقَ[42] بمن أَلْحَقَتْه به منهما ، فإنْ أَلْحَقَتْه بالأوَّلِ ، انْتفَى عن الزَّوجِ بغيرِ لِعانٍ ، وإن ألحقتْه بالزَّوجِ انْتفَى عن الأوَّلِ ولَحِقَ الزَّوجَ . وهل له نَفْيُه باللِّعانِ ؟ على روايتَيْن .

١٣٣٥ – مسألة ؛ قال : (واللِّعانُ الَّذِى يَبْرَأُ بِهِ مِنَ الْحَدِّ أنْ يَقُولَ الزَّوْجُ بمَحْضَرٍ مِنَ الْحَاكِمِ : أشْهَدُ باللهِ لَقَدْ زَنَتْ . ويُشِيرَ إلَيْهَا . وإنْ لَمْ تَكُنْ حاضِرَةً سَمَّاها[1] ، ونسَبَها ، حَتَّى يُكْمِلَ ذٰلِكَ أرْبَعَ مَرَّاتٍ ، ثُمَّ يُوقَفُ عِنْدَ الْخامِسَةِ ، ويُقَالُ لَهُ : اتَّقِ اللهَ ، فإنَّها الْمُوجِبَةُ ، وعَذَابُ الدُّنْيا أهْوَنُ مِنْ عَذابِ الْآخِرَةِ . فَإنْ أَبَى إلَّا أنْ يُتِمَّ ، فَلْيَقُلْ : ولَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاها بِهِ مِنَ الزِّنَى . وتَقُولُ هِىَ : أشْهَدُ بِاللهِ لَقَدْ كَذَبَ . / أرْبَعَ مَرَّاتٍ ، ثُمَّ تُوقَفُ عِنْدَ الْخامِسَةِ ، وتُخَوَّفُ كَمَا خُوِّفَ الرَّجُلُ ، فَإنْ أبَتْ إلَّا أنْ تُتِمَّ ، فلْتَقُلْ : وَغَضَبُ اللهِ عَلَيْهَا إنْ ١١٩/٨ظ

---

(٣٩) فى ا : « وإذا » .
(٤٠) سقط من : م .
(٤١) فى ا : « كانت » .
(٤٢) فى ا ، ب ، م : « ألحق » .
(١) فى الأصل : « أسماها » .

كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمَانِى[2] بِهِ مِنَ الزِّنَى) .

فى هذه المسألة مَسْألتان :

إحداهما : أنَّ اللِّعانَ لا يَصِحُّ إلَّا بمَحْضرٍ من الحاكِمِ ، أو مَن يَقُومُ مَقامَه . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ أمَرَ هِلالَ بن أُمَيّةَ أن يَسْتَدْعِىَ زَوْجَته إليه ، ولَاعَنَ بينهما[3] . ولأنَّه إمَّا يَمِينٌ ، وإمَّا شهادةٌ ، وأيُّهما كان ، فمِنْ شَرْطِه الحاكمُ . وإن تَرَاضَى الزَّوْجانِ بغيرِ الحاكمِ يُلاعِنُ بينهما ، لم يَصِحَّ ذلك ؛ لأنَّ اللِّعانَ مَبْنِىٌّ على التَّغْلِيظِ والتَّأْكِيدِ ، فلم يَجُزْ بغيرِ الحاكِمِ ، كالحَدِّ . وسَواءٌ كان الزَّوْجانِ حُرَّيْنِ أو مَمْلُوكينِ ، فى ظاهرِ كلامِ الْخِرَقِىِّ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : للسَّيِّدِ أن يُلاعِنَ بينَ عَبْدِه وأَمَتِه ؛ لأنَّ له إقامَةَ الحَدِّ عليهما . ولَنا ، أنَّه لِعانٌ بينَ زَوْجينِ ، فلم يَجُزْ لغيرِ الحاكمِ أو نائِبِه ، كاللِّعانِ بينَ الحُرَّيْنِ . ولا نُسَلِّمُ أنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ إقامةَ الحَدِّ على أمَتِه المُزَوَّجَةِ ، ثم لا يُشْبِهُ اللِّعانُ الحَدَّ ؛ لأنَّ الحَدَّ زَجْرٌ وتَأْدِيبٌ ، واللِّعانُ إمَّا شهادةٌ وإمَّا يمينٌ ، فافْتَرَقا ، ولأنَّ اللِّعانَ دارِئٌ للحَدِّ ، ومُوجِبٌ له ، فجَرَى مَجْرَى إقامةِ البَيِّنةِ على الزِّنَى والحُكْمِ به أو بنَفْيِه . وإن كانتِ المرأةُ خَفِرةً لا تَبْرُزُ لحوائِجِها ، بَعَثَ الحاكمُ نائِبَه ، وبَعَثَ معه عُدُولًا ، لِيُلَاعِنُوا بينهما ، وإن بَعَثَ نائِبَه وحدَه جازَ ؛ لأنَّ الجَمْعَ غيرُ واجِبٍ .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يكونَ اللعانُ بمَحْضرِ جماعةٍ من المُسْلِمِينَ ، لأنَّ ابنَ عباسٍ وابنَ عمرَ وسَهْلَ بن سعدٍ حَضَرُوه مع حداثةِ أسْنانِهم ، فدَلَّ ذلك على أنَّه حَضَره جمعٌ كثيرٌ ؛ لأنَّ الصِّبْيانَ إنَّما يَحْضُرُونَ المجالسَ تَبَعًا للرِّجالِ ، ولأنَّ اللِّعانَ بُنِىَ على التَّغْلِيظِ ، مُبالَغةً فى الرَّدْعِ به[4] والزَّجْرِ ، وفِعْلُه فى الجماعةِ أبْلَغُ فى[5] ذلك . ويُسْتَحَبُّ أن لا يَنْقُصُوا عن أرْبَعةٍ ، لأنَّ بَيِّنةَ الزِّنَى الذى شُرِعَ اللعانُ من أجْلِ الرَّمْيِ به أرْبَعةٌ ، وليس

٦

---

(٢) فى م : « رماها » .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٣٧٣/٨ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) فى ب : « من » .

شيءٌ من هذا واجبًا . ويُسْتَحَبُّ أن يتلاعَنا قِيامًا ، فَيَبْدأُ الزوجُ فيَلْتَعِنُ وهو قائمٌ ، فإذا فَرَغَ قامتِ المرأةُ فالْتَعَنَتْ وهي قائمةٌ ؛ لما رُوِىَ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال لِهلالِ بن أُمَيَّةَ : « قُمْ فاشْهَدْ أَرْبَعَ شهاداتٍ »[6] . ولأنَّه إذا قام شاهَدَه النَّاسُ ، فكان أبلغَ فى[7] شُهْرَتِه ، فاسْتُحِبَّ كَكَثْرةِ[8] الجمعِ ، وليس ذلك واجِبًا . وبهذا كله / قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ ، ولا أعلمُ فيه مُخالِفًا . ٨/١٢٠و

فصل : قال القاضي : ولا يُسْتَحَبُّ التَّغْلِيظُ فى اللِّعانِ بمَكانٍ ولا زَمانٍ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ؛ لأنَّ الله تعالى أطْلَقَ الأمْرَ بذلك ، ولم يُقَيِّدْه بزمانٍ ولا مكانٍ ، فلا يجوزُ تَقْييدُه إلَّا بدليلٍ ، ولأنَّ النَّبىَّ ﷺ أمَرَ الرجلَ بإحْضارِ امْرأتِه ، ولم يَخُصَّه بزمنٍ ، ولو خَصَّه بذلك لَنُقِلَ ولم يُهْمَلْ . وقال أبو الخَطَّابِ : يُسْتَحَبُّ أن يتَلاعَنَا فى الأزْمانِ والأماكنِ التى تُعَظَّمُ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ، إلَّا أنَّ عندَه فى التَّغْليظِ بالمكانِ قَوْلينِ ؛ أحدهما ، أنَّ التَّغْلِيظَ به مُسْتَحَبٌّ كالزمانِ . والثانى ، أنَّه واجبٌ ؛ لأنَّ النَّبى ﷺ لَاعَنَ بينهما[9] عند المِنْبَرِ ، فكان فِعْلُه بيانًا لِلِّعانِ . ومعنى التَّغْلِيظِ بالمَكانِ ، أنَّهما إذا كانا بمَكَّةَ لَاعَنَ بينهما بين الرُّكْنِ والمَقامِ ، فإنَّه أشْرَفُ البِقَاعِ ، وإن كانا بالمَدِينةِ[10] فعند مِنْبَرِ رَسُولِ الله ﷺ ، وفى بَيْتِ المَقْدِسِ عند الصَّخْرَةِ ، وفى سائرِ البلدانِ فى جَوامِعِها . وأمَّا الزَّمانُ فبَعْدَ العَصْرِ ؛ لقَوْلِ الله تعالى : ﴿ تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ ٱلصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ ﴾[11] . وأجْمَعَ المُفَسِّرون على أنَّ المُرادَ بالصَّلاةِ صلاةُ العَصْرِ . قال أبو الخَطَّاب فى موضعٍ آخَرَ[9] : أو بين[12] الأذانَيْنِ ؛ لأنَّ الدُّعاءَ بينهما لا يُرَدُّ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ،

---

(٦) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .
(٧) فى ا ، ب : « من » .
(٨) فى م : « ككثرة » .
(٩) سقط من : م .
(١٠) فى ب ، م : « فى المدينة » .
(١١) سورة المائدة ١٠٦ .
(١٢) فى ب : « وبين » .

ولو[١٣] اسْتُحِبَّ ذلك لفَعَلَه النبىُّ ﷺ ، ولو فَعَلَه لَنُقِلَ ، ولم يَسُغْ[١٤] تَرْكُه[١٥] وإهماله . وأمَّا قولُهم : إنَّ النبىَّ ﷺ لَاعَنَ بينهما عند المِنْبَرِ . فليس هذا فى شىءٍ من الأحاديثِ المشهورةِ . وإن ثَبَتَ هذا ، فيَحْتَمِلُ أنَّه[١٦] كان بحُكْمِ الاتِّفاقِ ؛ لأنَّ مَجْلِسَه كان عندَه ، فلَاعَنَ بينهما فى مَجْلِسِه . وإن كان اللِّعانُ بين كافِرَيْن ، فالحكمُ فيه كالحُكمِ فى اللِّعانِ بينَ المسلمَيْنِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ يُغَلَّظَ بالمكانِ[١٧] ؛ لقولِه فى الأيمانِ : وإن كان لهم مواضعُ يُعَظِّمُونَها ، ويَتَّقُون[١٨] أن يَحْلِفُوا فيها كاذِبين ، حُلِّفُوا فيها . فعلى هذا ، يُلاعَنُ بينهما فى مواضِعِهم التى[١٩] يُعَظِّمُونها ؛ النَّصْرَانِىُّ فى الكَنِيسةِ ، واليهودىُّ فى البِيعةِ ، والْمَجُوسىُّ فى بيتِ النَّارِ . وإن لم يكُنْ لهم مواضعُ يُعَظِّمُونَها، حَلَّفَهُم الحاكمُ فى مَجْلِسِه ؛ لتَعَذُّرِ التَّغْليظِ بالمكانِ . وإن كانت المُسْلِمةُ حائِضًا ، وقُلْنا : إن اللِّعانَ بينهما يكون فى المَسْجِدِ . وَقَفَتْ على بابِه ، ولم تَدْخُلْه ؛ لأنَّ ذلك أقْرَبُ المواضعِ / إليه . ٨/١٢٠ظ

المسألة الثانية : فى ألفاظِ اللِّعانِ وصِفَتِه ، أمَّا ألْفاظُه فهى خمسةٌ فى حَقِّ[٢٠] كلِّ واحِدٍ منهما . وصِفَتُه أنَّ الإمامَ يَبْدأُ بالزَّوْجِ ، فيُقِيمُه ، ويقولُ له : قُلْ أرْبَعَ مَرّاتٍ : أشْهَدُ باللهِ أنِّى لَمِنَ الصادِقِينَ فيما رَمَيْتُ به زَوْجَتِى هذه من الزِّنَى . ويُشِيرُ إليها إن كانت حاضرةً ، ولا يَحْتاجُ مع الحُضُورِ والإشارةِ إلى [٢١]نِسْبَةٍ وتَسْمِيَةٍ[٢١] ، كما لا يَحْتاجُ إلى ذلك

---

(١٣) فى ا ، ب : « فلو » .
(١٤) فى ا ، ب ، م زيادة : « له » .
(١٥) سقط من : م .
(١٦) فى م : « إذا » .
(١٧) فى م : « فى المكان » .
(١٨) فى م : « ويتوقون » .
(١٩) فى م : « اللاتى » .
(٢٠) سقط من : الأصل .
(٢١ – ٢١) فى م : « نسبها وتسميتها » .

فى سائرِ العُقُودِ ، وإن كانت غائبةً أَسْماها ونَسَبَها ، فقال : امْرأتِى فلانةُ بنتُ فلانٍ[22] . ويَرْفَعُ فى نَسَبِها حتى تَنْتَفِىَ[23] المشاركةُ بينها وبينَ غيرِها . فإذا شَهِدَ أربعَ مراتٍ ، وقَفَه الحاكمُ ، وقال له : اتَّقِ اللهَ ، فإنَّها المُوجبةُ ، وعذابُ[24] الدُّنيا أَهْوَنُ من عذابِ الآخرةِ ، وكلُّ شىءٍ أهْوَنُ من لَعْنةِ اللهِ . ويأمرُ رَجُلًا فيَضَعُ يَدَه على فِيهِ ، حتى لا يُبادِرَ بالخامسةِ قبل المَوْعِظَةِ ، ثم يأمرُ الرجلَ ، فيُرْسِلُ يدَه عن فِيهِ ، فإن رآه يَمْضِى فى ذلك ، قال له : قُلْ : وأَنَّ لَعْنَةَ اللهِ علىَّ إن كنتُ من الكاذِبينَ فيما رَمَيْتُ به زَوْجَتِى هذه من الزِّنَى . ثم يأْمرُ المرأةَ بالقيامِ ، ويقولُ لها : قُولِى : أشْهَدُ باللهِ أنَّ زَوْجِى هذا لمن الكاذِبينَ فيما رَمانِى به من الزِّنَى . وتُشِيرُ إليه ، وإن كان غائبًا أَسْمَتْه ونَسَبَتْه ، فإذا كَرَّرَتْ ذلك أربعَ مراتٍ ، وقَفَها ، ووَعَظَها كما ذكرنا فى حَقِّ الزَّوْجِ ، ويأْمرُ امرأةً فتَضَعُ يَدَها على فِيها ، فإن رآها تَمْضِى على ذلك ، قال لها : قُولِى : وأَنَّ غَضَبَ اللهِ علىَّ إن كان زَوْجِى هذا من الصادِقِينَ فيما رَمانِى به من الزِّنَى . قال إسحاقُ بن منصورٍ : قلتُ لأحمدَ : كيف يُلاعِنُ ؟ قال : على ما فى كتابِ اللهِ تعالى ، يقولُ أَرْبَعَ مراتٍ : أشهدُ باللهِ أنِّى فيما رَمَيْتُها به لمن الصادِقِينَ . ثم يُوقَفُ عندَ الخامسةِ ، فيقولُ : لَعْنَةُ اللهِ عليه إن كان من الكاذِبينَ . والمرأةُ مثلُ ذلك ، تُوقَفُ عند الخامسةِ ، فيقال لها اتَّقِ اللهَ ، فإنَّها المُوجِبةُ ، تُوجِبُ عليك العَذابَ . فإن حَلَفَتْ ، قالت : غَضِبَ اللهُ عليها إن كان من الصادِقِينَ . وعددُ هذه الألفاظِ الخمسةِ شَرْطٌ فى اللعانِ ، فإنْ أَخَلَّ بواحدةٍ منها ، لم يَصِحَّ ، على ما ذكرناه فيما مَضَى ، وإن أبْدَلَ لفظًا منها ، فظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يجوزُ أن يُبدِلَ قولَه : إنِّى لمن الصادِقِينَ . بقوله : لقد زَنَتْ . لأنَّ معناهُما واحدٌ ، ويجوزُ لها إبْدالُ : إنَّه لمن الكاذبينَ . بقَوْلِها : لقد كَذَبَ . لأنَّه ذكَر صِفةَ اللِّعانِ كذلك . /واتِّباعُ لَفظِ النَّصِّ أَوْلَى وأحسنُ . وإن أبْدَلَ لَفْظَ[25] : «أشْهَدُ» بلفظٍ من ألْفاظِ اليَمِينِ ، فقال : أحْلِفُ

١٢١/٨و

(٢٢) فى ا زيادة : « ابن فلان » .

(٢٣) فى م : « ينفى » .

(٢٤) سقطت الواو من : م .

(٢٥) فى ب ، م : « لفظة » .

أو أُقْسِمُ أو أُولِى . لم يُعْتَدَّ به . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه وجهٌ آخرُ ، أنَّه يُعْتَدُّ به ؛ لأنه أتَى بالمَعْنَى ، فأشْبَهَ ما لو أبْدَلَ : إنِّى لمن الصادقينَ . بقولِه : لقد زَنَتْ . وللشافعىِّ وَجْهان فى هذا . والصحيح أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما اعْتُبِرَ فيه لفظُ الشهادةِ ، لم يَقُمْ غيرُه مَقامَه ، كالشهاداتِ فى الحُقُوقِ ، ولأنَّ اللِّعانَ يُقْصَدُ فيه التَّغْلِيظُ ، واعْتبارُ لَفْظِ الشهاداتِ أبْلَغُ فى التَّغْلِيظِ ، فلم يَجُزْ تَرْكُه ، ولهذا لم يَجُزْ أن يُقْسِمَ باللهِ من غيرِ كلمةٍ تقومُ مقامَ أشْهَدُ . والثانى ، يُعْتَدُّ به ؛ لأنَّه أتَى بالمَعْنَى ، أشْبَهَ ما قبلَه . وللشافعىِّ وَجْهان كهٰذَيْن . وإن أبْدَلَ لفظةَ اللَّعْنةِ بالإِبْعادِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ لفظَ اللعنةِ أبْلَغُ فى الزَّجْرِ وأشَدُّ فى أنْفُسِ الناسِ ، ولأنَّه عَدَلَ عن المَنْصُوصِ . وقيل : يجوزُ ؛ لأنَّ معناهما واحدٌ . وإن أبْدلَتِ المرأةُ لفظةَ الغَضَبِ باللَّعْنةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الغضبَ أغْلَظُ ، ولهذا خُصَّتِ المرأةُ به ؛ لأنَّ المرأةَ[26] المُعَيَّرةَ[27] بزِناها أقْبَحُ ، وإثْمُها بفِعْلِ الزِّنَى أعظمُ من إثْمِه بالقَذْفِ[28] . وإن أبْدَلَتْها بالسَّخَطِ ، خُرِّجَ على الوَجْهينِ[29] فيما إذا أبْدَلَ الرجلُ لَفْظَ[30] اللَّعْنةِ بالإِبْعادِ . وإن أبْدَلَ الرجلُ لَفْظَ[30] اللعنةِ بالغَضَبِ ، احْتَمَلَ أن يجوزَ ؛ لأنَّه أبْلَغُ ، واحْتَمَلَ أن لا يجوزَ ؛ لمخالفتِه[31] المنصوصَ . قال الوزيرُ يَحيى بن محمدِ بن هُبَيْرةَ[32] رحمه اللهُ تعالى : من الفُقهاءِ مَن اشْتَرطَ أن يُزادَ بعد قولِه : من الصادقينَ : فيما رَمَيْتُها به من الزِّنَى . واشترطَ فى نَفْيِها عن نَفْسِها : فيما رَمانِى به من الزِّنَى . ولا أراه يحتاجُ إليه ؛ لأنَّ اللهَ سبحانه أنْزَلَ ذلك وبَيَّنَه ، ولم يذكر هذا الاشْتراطَ . وأمَّا مَوْعِظةُ الإِمامِ

---

(26) سقط من : الأصل .

(27) سقط من : م .

(28) فى م : « للقذف » .

(29) فى ا ، م : « وجهين » .

(30) فى ب ، م : « لفظة » .

(31) فى الأصل : « لمخالفة » .

(32) يحيى بن محمد بن هبيرة الشيبانى الحنبلى ، وزير المقتفى وابنه ، كان مجلسه معمورا بالعلماء والفقهاء ، وألف ، ومات شهيدا مسموما . سنة ستين وخمسمائة . العبر ١٧٢/٤ ، ١٧٣ ، ذيل طبقات الحنابلة ٢٥١/١ – ٢٨٩ .

لهما بعدَ الرَّابعةِ ، وقبلَ الخامسةِ ، فهى مُسْتَحَبَّةٌ فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ لما رَوَى ابنُ عباسٍ قال : لمَّا كانت الخامسةُ ، قيل : يا هِلالُ ، اتَّقِ اللهَ ، فإنَّها المُوجِبةُ التى تُوجِبُ عليك العذابَ . فقال : واللهِ لا يُعَذِّبُنِى اللهُ عليها ، كما لم يجلدنى عليها . فشَهِدَ الخامسةَ . فلما [٣٣]كانتِ الخامِسَةُ[٣٣] ، قيل لها : اتَّقِ اللهَ ، فإنَّ عذابَ الدُّنْيا أهْوَنُ من عَذابِ الآخرةِ ، وإنَّ هذه المُوجِبةُ التى توجبُ عليكِ العذابَ . فتَلَكَّأَتْ ساعةً ، ثم قالتْ : واللهِ لا أفْضَحُ قَوْمِى . فشهدت الخامسةَ أنَّ غَضَبَ اللهِ عليها إن كان من الصادِقِينَ . ورَوَى / أبو إسْحاقَ الجُوزَجَانىُّ ، بإسْنادِه ، حديثَ المُتَلاعِنَيْنِ ، قال : فشَهِدَ أربعَ شَهَادَاتٍ باللهِ إنَّه لمن الصَّادقينَ ، ثم أمَرَ به فأُمْسِكَ على فِيهِ ، فوَعَظَه ، وقال : « وَيْحكَ كُلُّ شَىْءٍ أهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ لَعْنَةِ اللهِ » . ثم أُرْسِلَ ، فقال : لعنةُ اللهِ عليه إن كان من الكاذبينَ . ثم دَعاها ، فقَرأ عليها ، فشَهِدَتْ أرْبعَ شهاداتٍ باللهِ إنَّه لمن الكاذِبينَ ، ثم أمَرَ بها فأُمْسِكَ على فِيها ، وقال : « وَيْحَكِ كُلُّ شَىْءٍ أَهْوَنُ عَلَيْكِ مِنْ عَذَابِ اللهِ » . وذكر الحديث .

١٢١/٨ ظ

فصل : ويُشْتَرطُ فى صِحَّةِ اللِّعانِ شروطٌ ستَّةٌ ؛ أحدها ، أن يكونَ بمَحْضرِ الإمامِ أو نائبِه . والثانى ، أن يأْتِىَ كلُّ واحدٍ منهما باللِّعانِ بعدَ إلْقائِه عليه ، فإن بادَرَ به قبلَ أن يُلْقِيَه الإمامُ عليه ، لم يَصِحَّ ، كما لو حَلَفَ قبلَ أن يُحَلِّفَه الحاكمُ . الثالث ، استكمالُ لَفَظاتِ اللِّعانِ الخمسةِ ، فإن نَقَصَ منها لفظةً ، لم يَصِحَّ . الرابع ، أن يَأْتِىَ بصُورَتِه ، إلَّا ما ذكَرْنا من الاخْتلافِ فى إبْدالِ لفظةٍ بمثلِها فى المعنى . الخامس ، التَّرْتيبُ ، فإن قَدَّمَ لفظةَ اللَّعْنةِ على شىءٍ من الألْفاظِ الأربعةِ ، أو قَدَّمَتِ المرأةُ لِعانَها على لِعانِ الرجلِ ، لم يُعْتَدَّ به . السَّادس ، الإشارةُ من كلِّ واحدٍ منهما إلى صاحِبه إن كان حاضرًا ، أو تَسْمِيَتُه[٣٤] ونِسْبَتُه إن كان غائبًا . ولا يُشْتَرطُ حُضُورُهما معا ، بل لو كان أحَدُهما غائبًا عن صاحِبه ،

(٣٣-٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) فى م : « وتسميته » .

مثل أن لَاعَنَ الرجلُ فى المَسْجِدِ والمرأةُ على بابِه ، لِعَدَمِ إمكانِ دُخُولِها[٣٥] ، جازَ .

فصل : وإن كان الزّوجانِ يَعْرِفانِ العربيةَ ، لم يَجُزْ أن يَلْتَعِنَا بغيرِها ؛ لأنَّ اللِّعانَ وَرَدَ فى القرآنِ بلَفْظِ العربيةِ . وإن كانا لا يُحْسِنانِ ذلك ، جاز لهما الالْتِعانُ بلِسانِهما ؛ لموضعِ الحاجةِ ، فإن كان الحاكمُ يُحْسِنُ لِسانَهما ، أجْزَأَ ذلك ، ويُسْتَحَبُّ أن يَحْضُرَ معه أربعةٌ يُحْسِنُون لِسانَهما ، وإن كان الحاكمُ لا يُحْسِنُ لسانَهما ، فلابُدَّ من تَرْجُمان . قال القاضى : ولا يُجْزِئُ فى التَّرجمةِ أقَلُّ من اثنَيْنِ عَدْلَيْنِ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وظاهِرُ قولِ الخِرَقِى ؛ لأنَّه قال : ولا يُقْبَلُ فى التَّرجمةِ عن أعْجمِىٍّ حاكَمَ إليه ، إذا لم يَعْرِفْ لِسانَه ؛ أقَلُّ من عَدْلَيْنِ يَعْرِفانِ لِسانَه . وذكَرَ أبو الخَطَّاب روايةً أُخْرَى ، أنَّه يُجْزِئُ قولُ عَدْلٍ[٣٦] واحِدٍ . [٣٧]وهو قولُ أبى حنيفةَ[٣٧] ، وسنذْكُرُ ذلك فى موضعٍ آخَرَ ، إن شاء الله تعالى .

١٣٣٦ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُم فِى اللِّعَانِ وَلَدٌ ، ذَكَرَ الْوَلَدَ ، فَإِذَا قَالَ : أَشْهَدُ بِاللهِ ، لَقَدْ زَنَتْ . يَقُولُ : / وَمَا هٰذَا الْوَلَدُ وَلَدِى . وَتَقُولُ هِىَ : أَشْهَدُ بِاللهِ لَقَدْ كَذَبَ ، وهٰذَا الْوَلَدُ وَلَدُهُ) ١٢٢/٨و

وجملةُ ذلك ، أنَّه متى كان اللِّعانُ لِنَفْيِ ولِدٍ ، فلابُدَّ من ذِكْرِه فى لِعانِهما . وقال الشافعىُّ : لا تَحْتاجُ المرأةُ إلى ذِكْرِه ؛ لأنَّها لا تَنْفِيه ، وإنَّما احْتاجَ الزَّوْجُ إلى ذِكْرِه لِنَفْيِه . وقال أبو بكرٍ : لا يَحْتاجُ واحدٌ[١] منهما إلى ذِكْرِه ، ويَنْتَفِى بزوالِ الفِراشِ . ولَنا ، أنَّ مَنْ سَقَطَ حَقُّه باللِّعانِ ، اشْتُرِطَ ذِكْرُه فيه ، كالمرأة ، والمرأةُ أحدُ الزَّوْجينِ ، فكان ذِكْرُ الوِلدِ شَرْطًا فى لِعانِها كالزَّوْجِ ، ولأنَّهما مُتحالِفانِ[٢] على شىءٍ ، فيُشْتَرطُ[٣] ذِكْرُه فى

---

(٣٥) فى الأصل ، ا : « دخوله » .
(٣٦) سقط من : الأصل .
(٣٧ – ٣٧) سقط من : ب .
(١) سقط من : ب .
(٢) فى الأصل : « مختلفان » .
(٣) فى م : « فاشترط » .

تَحالُفِهِما كالمُخْتلِفَيْنِ فى اليَمِينِ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يُكْتَفَى بقَوْلِ الزَّوْجِ : وما هذا الولدُ وَلَدِى. ومن المرأةِ بقولها[٤] : وهذا الولدُ ولدُه . وقال القاضى : يُشْتَرطُ أن يقولَ : هذا الولدُ من زِنًى، وليس هو[٤] مِنِّى . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه قد يُرِيدُ بقولِه : ليس هو مِنِّى . يَعْنِى خَلْقًا وخُلُقًا . ولم تَقْتَصِرْ على قولِه[٥] : من زِنًى ؛ لأنَّه قد يَعْتَقِدُ أنَّ الوَطْءَ فى نِكاحٍ فاسِدٍ زِنًى ، فأكَّدْنا بذِكْرِهما جَمِيعًا . ولَنا ، أنَّه نَفَى الولدَ فى اللِّعانِ فاكْتُفِىَ به ، كما لو ذَكَرَ اللَّفْظَيْنِ ، وما ذَكَرُوه من التَّأْكِيدِ تَحَكُّمٌ بغيرِ دليلٍ ، ولا يَنْتَفِى الاحتمالُ بضَمِّ إحْدَى اللَّفْظَتَيْنِ إلى الأُخْرَى ، فإنَّه إذا اعْتَقَدَ أنه مِن وَطْءٍ فاسِدٍ ، واعْتَقَدَ[٦] أنَّ ذلك زِنًى صَحَّ منه أن يقولَ اللَّفْظَيْنِ[٧] جميعًا ، وقد يُرِيدُ أنَّه لا يُشْبِهُنى خَلْقًا وخُلُقًا ، أو أنَّه[٨] من وَطْءٍ فاسِدٍ . فإن لم يذْكرِ الولدَ فى اللِّعانِ ، لم يَنْتَفِ عنه . فإن أراد نَفْيَه ، أعادَ اللِّعانَ ، ويَذْكُرُ نَفْىَ الوَلَدِ فيه .

فصل : وإذا قَذَفَ امرأتَه بالزِّنَى برَجُلٍ بعَيْنِه ، فقد قَذَفَهما ، وإذا لَاعَنَها[٩] سَقَطَ الحَدُّ عنه لهما ، سَواءٌ ذكَرَ الرَّجُلَ فى لِعانِه أو لم يَذْكُرْه ، وإن لم يُلاعِنْ ، فلكُلِّ واحدٍ منهما المُطالبةُ ، وأيُّهما طالَبَ ، حُدَّ له ، ومن لم يُطالِب ، فلا يُحَدُّ له ، كما لو قَذَفَ رَجُلًا بالزِّنَى بامرأةٍ مُعَيَّنةٍ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، إلَّا فى أنَّه لا يسْقُط حَدُّه بلِعانِها[١٠] . وقال بعضُ أصْحابِنا : القَذْفُ للزَّوْجةِ وحدَها ، ولا يتَعَلَّقُ بغيرِها حَقٌّ فى المطالبةِ ولا الحَدِّ ؛ لأنَّ هِلالَ بن أُمَيَّةَ قَذَفَ زَوْجَته بشَرِيكِ بن سَحْماءَ ، فلم يَحُدَّه

---

(٤) سقط من : ا .

(٥) فى ا ، ب زيادة : « هو » .

(٦) فى الأصل : « فاعتقد » .

(٧) فى ا : « اللفظتين » .

(٨) فى الأصل ، ا : « وأنه » .

(٩) فى ب : « لاعنهما » . وبعده زيادة : « عنه » .

(١٠) فى ب : « بلعانهما » .

١٢٢/٨ظ النَّبىُّ ﷺ ، ولا عَزَّره له[١١] . وقال بعضُ أصْحابِ الشافعىِّ : يجبُ / الحَدُّ لهما[١٢] . وهل يَجِبُ حَدٌّ واحدٌ[١٣] أو حَدَّانِ ؟ على وَجْهَيْن . وقال بعضُهم : لا يجبُ إلَّا حَدٌّ واحدٌ ، قولًا واحدًا . ولا خِلافَ بينهم أنَّه إذا لَاعَنَ ، وذكَرَ الأَجْنبىَّ فى لِعانِه ، أنَّه يَسْقُطُ عنه حُكْمُه ، وإن لم يذكُرْه ، فعلى وَجْهَيْن . ولَنا ، أنَّ اللِّعانَ بَيِّنةٌ فى أحدِ الطَّرَفَيْنِ ، فكان بَيِّنَةً فى الطَّرَفِ الآخرِ ، كالشهادةِ ، ولأنَّ به حاجةً إلى قَذْفِ الزَّانِى ، لما أفْسَدَ عليه من فِراشِه ، وربما يحْتاجُ إلى ذِكْرِه ليَسْتَدِلَّ بشَبَهِ الولدِ للمَقْذُوفِ على صِدْقِ قاذِفِه ، كما اسْتَدَلَّ النبىُّ ﷺ على صِدْقِ هِلالٍ بشَبَهِ الولدِ لشَرِيكِ بن سَحْماءَ ، فوَجَبَ أن يُسْقِطَ حكمَ قَذْفِه ما أسْقَطَ حُكْمَ قَذْفِها ، قياسًا له عليها .

فصل : ولو قَذَفَ امرأتَه وأجْنَبِيَّةً أو أجْنَبِيًّا بكلمتَيْنِ ، فعليه حَدَّانِ لهما ، فيَخْرُجُ من حَدِّ الأَجْنبيَّةِ بالبَيِّنةِ خاصَّةً ، ومن حَدِّ الزَّوجةِ بالبَيِّنةِ أو اللِّعانِ . وإن قَذَفَهُما بكلمةٍ ، فكذلك ، إلَّا أنَّه إذا لم يُلاعِنْ ، ولم تَقُمْ بَيِّنةٌ ، فهل يُحَدُّ لهما حَدًّا واحدًا أو حَدَّيْنِ ؟ على رِوَايتَيْنِ ؛ إحْداهما ، يُحَدُّ حدًّا واحدًا . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ فى القديمِ . وزاد أبو حنيفةَ : سَواءٌ كان بكلمةٍ أو بكلماتٍ ؛ لأنَّها[١٤] حُدُودٌ من جِنْسٍ ، فوَجَبَ أن تَتداخَلَ ، كحُدُودِ الزِّنَى . والثانيةُ : إن طلبُوا[١٥] مُجْتَمِعينَ فحدٌّ واحدٌ ، وإن طَلَبُوا[١٥] مُتفرِّقِينَ فلكلِ واحدٍ حَدٌّ ؛ لأنَّهم إذا اجْتمعُوا فى الطَّلَبِ ، أمْكَنَ إيفاؤُهم بالحَدِّ الواحدِ ، وإذا تفرَّقُوا لم يُمْكِنْ جَعْلُ الحَدِّ الواحِدِ إيفاءً لمن لم يُطالِبْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ إقامةُ الحَدِّ له قبلَ المُطالبةِ منه . وقال الشافعىُّ ، فى الجديدِ[١٦] : يُقامُ لكلِّ واحدٍ حَدٌّ بكلِّ

---

(١١) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .

(١٢) سقط من : ب ، م .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « لأنهما » .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « طالبوا » .

(١٦) فى م : « الحد » .

حالٍ ؛ لأنَّها حُقُوق لآدمِيِّينَ[١٧] ، فلم تتَدَاخَلْ ، كالدُّيُونِ . ولَنا ، على[١٨] أنَّـه إذا قَذَفَهُما بكلمةٍ واحدةٍ يُجْزِئُ حَدٌّ واحدٌ ، أنَّه[١٩] يَظْهَرُ كَذِبُـه فى قَذْفِـه ، [٢٠]وبـراءةُ عِرْضِهما[٢٠] من رَمْيِه بحَدٍّ واحِدٍ ، فأجْزأ ، كما لو كان القَذْفُ لواحِدٍ . وإذا قَذَفَهُمـا بكلمتينِ ، وَجَبَ حَدَّانِ ؛ لأنَّهما قذفانِ لشَخْصَيْنِ ، فوجبَ لكلِّ واحِدٍ حَدٌّ ، كما لو قَذَفَ الثانى بعَد حَدِّ الأوَّلِ . وهكذا الحكمُ فيما إذا قَذَفَ أجْنَبيَّتَيْنِ أو أجْنَبيَّاتٍ ، فالتَّفصيلُ فيه على ما ذكَرْناه . وإن قَذَفَ أرْبَعَ نسائِه ، فالحُكْم فى الحَدِّ كذلك . وإن أراد اللِّعانَ ، فعليه أن يُلاعِنَ لكلِّ واحدةٍ لِعانًا مُفْرَدًا ، ويَبْدأُ بلِعانِ التى تبدأُ بالمُطالبةِ ، فإن طالَبْنَ جميعًا ، وتشَاحَحْنَ ، بَدَأ / بإحْداهنَّ بالقُرْعةِ ، وإن لم يتَشاحَحْنَ[٢١] ، بدأ بِلعانِ من شاءمنهنَّ ، ولو بدأ بواحدةٍ[٢٢] منهُنَّ من غيرِ قُرْعةٍ مع المُشاحَّةِ ، صَحَّ . ويَحْتَمِلُ أن يُجْزِئَه لِعانٌ واحدٌ ، فيقول : أشْهَدُ باللهِ إنِّى لمن الصادِقينَ فيما رَمَيْتُ به كلَّ واحدةٍ من زَوْجاتِى هؤلاء الأربَع من الزِّنَى . وتقول كلُّ واحدةٍ : أشْهَدُ باللهِ إنَّه لمن الكاذِبينَ فيما رَمانِى به من الزِّنَى . لأنَّه يَحْصُلُ المَقْصُودُ بذلك . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ اللِّعانَ أيمانٌ ، فلا تَتَداخَلُ لجماعةٍ ، كالأيمانِ فى الدُّيُونِ .

١٢٣/٨ و

فصل : ولو قال لزَوْجَتِه : يا زانيةُ بِنْتَ الزَّانيةِ . فقد قَذَفَها ، وقَذَفَ أُمَّها بكلمتَيْنِ ، والحكمُ فى الحَدِّ لهما على ما مَضَى من التَّفْصيلِ فيه . فإن اجْتَمَعا فى المُطالبةِ ، ففى أيَّتِهما يُقَدَّمُ[٢٣] ؟ فيه[٢٤] وَجْهان ؛ أحدهما ، الأُمُّ ؛ لأنَّ حَقَّها آكَدُ ، لكونِه[٢٥] لا

---

(١٧) فى ب ، م : « الآدميين » .

(١٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٩) فى م : « لأنه » .

(٢٠ - ٢٠) فى الأصل : « فبراءة عرضها » .

(٢١) فى م : « يتشاحن » .

(٢٢) فى ا : « بلعان واحدة » .

(٢٣) فى الأصل ، م : « يتقدم » .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) فى الأصل : « لكونها » .

يَسْقُطُ [٢٦]إلَّا بالبَيِّنةِ[٢٦] ، ولأنَّ[٢٧] لها فَضِيلةَ الأُمومةِ . والثانى ، تُقَدَّمُ[٢٨] البِنْتُ ؛ لأنَّه بَدَأَ بقَذْفِها . ومتى حُدَّ لإِحْداهما ، ثم وَجَبَ عليه الحَدُّ للأُخْرَى ، لم يُحَدَّ حتى يَبْرَأَ جلدُه من حَدٍّ[٢٩] الأُولَى . فإن قيل : إنَّ الحَدَّ هٰهُنا حَقٌّ لآدَمىٍّ ، فلِمَ لا يُوالَى بينهما كالقِصاصِ ، فإنَّه لو قَطَعَ يَدَىْ رَجُلَيْنِ ، قَطَعْنا يَدَيْه لهما ، ولم نُؤَخِّرْه ؟ قُلْنا : لأنَّ حَدَّ القَذْفِ لا يتكَرَّرُ بتكَرُّرِ سَبَبِه قبلَ إقامةِ حَدِّه ، فالمُوالاةُ بين حَدَّيْنِ فيه تُخْرِجُه عن مَوْضُوعِه ، والقِصاصُ يجوزُ أن تُقْطَعَ الأَطْرافُ كلُّها فى قِصاصٍ واحِدٍ ، فإذا جازَ لواحِدٍ ، فلاثْنَيْنِ أَوْلَى .

فصل: وإن قَذَفَ مُحْصنًا مَرَّاتٍ ، فحَدٌّ واحِدٌ ، رِوايةً واحدةً ، سَواءٌ قَذَفَه بزِنًى آخرَ ، أو كَرَّرَ القَذْفَ بالأَوَّلِ ؛ لأنَّهما حَدَّانِ ترادَفَ سَبَبُهما ، فتداخَلَا ، كالزِّنَى مِرارًا . وإن قَذَفَه فحُدَّ له ، ثم قَذَفَه مَرَّةً أُخْرَى بذلك الزِّنَى ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّه قد تحقَّقَ كَذِبُه فيه بالحَدِّ ، فلا حاجةَ إلى إظْهارِ كَذِبِه فيه ثانيًا ، ولمَّا جَلَدَ عمرُ أبا بَكْرَةَ حين شَهِدَ على المُغيرَةِ بن شُعْبَةَ ، أعاد قَذْفَه ، فهَمَّ عمرُ بإعادةِ الحَدِّ عليه ، فقال له علىٌّ : إن جَلَدْتَه فارْجُم صاحِبَه . فترَكَه[٣٠] . ولكنَّه يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ السَّبِّ والشَّتْمِ . وذكر القاضى أنَّ فيه رِوَايةً أُخْرَى ، أنَّ عليه الحَدَّ ثانيًا ؛ لأنَّه قَذْفٌ ثانٍ بعَد إقامةِ[٣١] الحَدِّ عليه ، فأشْبَه ما لو قَذَفَه بزِنًى ثانٍ . وأمَّا إن قَذَفَه بزِنًى آخَرَ ، فعليه حَدٌّ آخَرُ ؛ لأنَّه قَذْفٌ / لمُحْصَنٍ لم يحَدَّ فيه ، فوَجَبَ أن يتعَقَّبَه الحَدُّ كالأَوَّلِ ، ولأنَّ سَبَبَ الحَدِّ وُجِدَ بعَد إقامَتِه ، فأُعِيدَ

١٢٣/٨ظ

(٢٦-٢٦) فى الأصل : « بالبينونة » .

(٢٧) فى الأصل : « ولأمها » .

(٢٨) فى الأصل ، ب ، م : « تقديم » .

(٢٩) فى الأصل : « جلد » .

(٣٠) أخرجه البيهقى ، فى : باب شهود الزنى إذا لم يكملوا أربعة ، من كتاب الحدود . السنن الكبرى ٢٣٤/٨ ، ٢٣٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يقذف الرجل ... ، من كتاب الحدود . المصنف ٥٣٥/٩ .

(٣١) سقط من : ب .

عليه ، كالزِّنَى والسَّرِقةِ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ، لا حَدَّ عليه فى الثانى ؛ لأنَّه حُدَّ لصاحِبِه مَرَّةً ، فلا يُعادُ عليه الحَدُّ[32] ، كما لو قَذَفه بالزِّنَى الأوَّلِ . وعلى هذه الرواية يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ السَّبِّ والشَّتْمِ . وهذه الرِّوايةُ الثانية فيما إذا تقارَبَ القَذْفُ الثانى من الحَدِّ ، فأمَّا إذا تباعَدَ زمانُهما ، وجَبَ الحَدُّ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يكونَ حَدُّه مَرَّةً من أجْلِه يُوجِبُ[33] إطلاقَ عِرْضِه له . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا كمَذْهَبِنا ، إلَّا أنَّهم حَكَوْا عن الشافعىِّ ، فيما إذا أعادَ القَذْفَ بزِنًى ثانٍ قبلَ إقامةِ الحَدِّ ، قَوْلَيْنِ ؛ أحدهما ، يجبُ حَدٌّ واحدٌ . والثانى ، يجبُ حَدّانِ . فأمَّا إن[34] قَذَفَ أجْنبيَّةً ، ثم تزوَّجها ، ثم قَذَفها ، فعليه الحَدُّ للقَذْفِ الأوَّلِ ، ولا شىءَ عليه للثانى . فى قول أبى بكرٍ . وحُكِىَ نحوُ ذلك عن الزُّهْرِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه لو قَذَفَ أجْنَبيَّةً قَذْفَيْنِ ، لم يَجِبْ عليه أكثرُ من حَدٍّ واحدٍ . واختار القاضى أنَّه إن قَذَفَها بالزِّنَى الأوَّلِ ، لم يكُنْ عليه أكثرُ من حَدٍّ واحدٍ[35] ، وليس له إسْقاطُه إلَّا بالبَيِّنَةِ ، وإن قَذَفَها بزِنًى آخَرَ ، [36]فهو على الرِّوايتَيْنِ فيما إذا قَذَفَ الأجْنَبِيَّةَ ، ثم حُدَّ لها ، ثم قَذَفَها بزِنًى آخرَ[36] ، فإن قُلْنا : يجبُ حَدَّانِ . فطالبَتِ المرأةُ بمُوجَبِ القَذْفِ الأوَّلِ ، فأقامَ به بَيِّنَةً ، سَقَطَ عنه حَدُّه ، ولم يجبْ فى الثانى حَدٌّ ؛ لأنَّها غيرُ مُحصَنةٍ ، وإن لم يُقِمْ به[37] بيِّنةً ، حُدَّ لها . ومتى طالَبَتْه بمُوجَبِ الثانى ، فأقامَ به بيِّنةً ، أو لَاعَنَها ، سَقَطَ ، وإلَّا وَجَبَ عليه الحَدُّ به[37] أيضا ؛ لأنَّ هذا القَذْفَ مُوجَبُه غيرُ مُوجَبِ الأوَّلِ ، فإنَّ الأوَّلَ مُوجَبُه الحَدُّ على الخُصُوصِ ، والثانى مُوجَبُه اللِّعانُ أو الحَدُّ[38] . وإن بَدَأَتْ بالمُطالبةِ بمُوجَبِ الثانى ، فأقامَ بَيِّنَةً به ، أو لاعَنَ ، سَقَطَ حَدُّه ، ولها المُطالبةُ بمُوجَبِ الأوَّلِ ، فإن أقَامَ به بيِّنةً ، وإلَّا حُدَّ . قال

---

(32) سقط من : ب ، م .

(33) فى ا ، ب ، م : « فوجب » .

(34) فى م : « إلى » خطأ .

(35) سقط من : ب .

(36–36) سقط من : ب . نقل نظر .

(37) سقط من : م .

(38) فى ا ، ب ، م : « والحد » .

القاضي : إن أقام بالثاني بَيِّنةً ، سَقَطَ مُوجَبُ الأوَّلِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّها صارتْ غيرَ مُحْصَنةٍ ، فلا يَثْبُتُ لها حَدُّ المُحْصَناتِ . ولَنا ، أن سُقُوطَ إحْصانِها في الثاني ، لا يُوجِبُ سُقُوطَه فيما قبلَ ذلك ، كما لو اسْتَوْفَى حَدَّه قبلَ إقامةِ البَيِّنةِ . ولعل هذا يَنْبَنِي[39] على ما إذا قَذَفَ رَجُلًا فلم يُقِمِ / الحَدَّ على القاذِفِ حتى زَنَى المَقْذُوفُ . ١٢٤/٨و وإن لم يُقِمْ بَيِّنةً عليهما ، ولم يَلْتَعِنْ للثاني ، لم يجبْ إلَّا حَدٌّ واحدٌ . نص عليه أحمدُ ؛ لأنهما[40] حَدَّانِ من جِنْسَيْنِ تَرادَفا ، لم[41] يُقَمْ أحدُهما ، فتداخَلا ، كما لو قَذَفَها وهي أجْنَبِيَّةٌ قَذْفَيْنِ . ولو قَذَفَ زَوْجَتَه ، فحُدَّ لها ، ثم أعادَ قَذْفَها بذلك الزِّنَى ، لم يُحَدَّ لها ؛ لما ذكرْنا في إعادةِ قَذْفِ الأجْنَبِيِّ ، لكن[42] يُعَزَّرُ للأذَى[43] والسَّبِّ ، وليس له إسْقاطُ التَّعْزِيرِ باللِّعانِ ؛ لأنَّه تَعْزِيرُ سَبٍّ ، لا تعزيرُ قَذْفٍ ، إلَّا على الرِّوايةِ التي تُلْزِمُ الأجْنَبِيَّ [44]حَدًّا ثانيًا[44] بإعادةِ القَذْفِ ، فإنَّه يَلْزَمُه هٰهُنا حَدٌّ ، وله إسْقاطُه باللِّعانِ . وإن وُلِدَ له ولدٌ بعد حَدِّه ، فذَكَرَ أنَّه من ذلك الزِّنَى ، فله اللِّعانُ لإسْقاطِه ، على[45] كِلْتا الرِّوايتَيْنِ ؛ لأنَّه مُحْتاجٌ إلى نَفْيِه . وإن قَذَفَها في الزَّوْجيَّةِ قَذْفَيْنِ بزِناءَيْنِ ، فليس عليه إلا حَدٌّ واحدٌ ، ويَكْفِيه لِعانٌ واحدٌ ؛ لأنَّه يَمِينٌ ، فإذا كان الحَقَّانِ [46]لواحِدٍ ، كَفَتْه[46] يَمِينٌ واحدةٌ ، لكنَّه يحْتاجُ أن يقولَ : أشْهَدُ باللهِ إنِّي [47]لمن الصَّادِقِينَ[47] فيما رَمَيْتُها به من الزِّناءَيْنِ . وفارَقَ ما إذا قَذَفَ زَوْجَتَيْنِ[48] ، حيث لا يَكْفِيه لِعانٌ واحدٌ ؛ لأنَّ اليَمِينَ وجَبَتْ لكلِّ واحدٍ

---

(٣٩) في ا : « مبنى » .
(٤٠) في ب ، م : « ولأنهما » .
(٤١) في م : « فلم » .
(٤٢) في ا : « لكنه » .
(٤٣) في ب : « للأخرى » .
(٤٤ – ٤٤) في الأصل ، ا : « حدثان » . وفي ب ، م : « حدان » .
(٤٥) في الأصل ، م : « عن » .
(٤٦ – ٤٦) سقط من : ب .
(٤٧ – ٤٧) في ا : « لصادق » .
(٤٨) في الأصل : « زوجه من » .

منهما ، فلا تتداخَلُ ، كسائرِ الأيمانِ . وإن أقام البَيِّنَةَ بالأوَّلِ ، سَقَطَ عنه مُوجَبُ الثانى ؛ لأنَّه زال إحْصانُها ، ولا لِعانَ إلَّا أن يكونَ فيه نَسَبٌ يريدُ نَفْيَه . وإن أقامَها بالثانى لم يَسْقُطِ الحَدُّ الأوَّلُ ، وله إسْقاطُه باللِّعانِ ، إلَّا على قَوْلِ القاضِى ، فإنَّه يَسْقُطُ بإقامةِ البَيِّنَةِ على الثانى . وإن قَذَفَها فى الزَّوْجيَّةِ ولَاعَنَها ثم قَذَفَها بالزِّنَى الأوَّلِ ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّه قد حَقَّقَه بلِعَانِه ، ويَحْتَمِلُ أن يُحَدَّ ، كما لو قَذَفَها به[49] أجْنَبِىٌّ . وهو قولُ القاضى . ولو قَذَفَها به أجْنَبِىٌّ ، أو بزِنًى غيره ، فعليه الحَدُّ ، فى قول عامَّةِ أهلِ العلمِ ، منهم ابنُ عباسٍ ، والزُّهْرِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ . وذكر أبو عُبَيْدٍ عن أصْحابِ الرَّأْىِ ، أنَّهم قالوا : إن لم يَنْفِ بِلعانِها ولدًا ، حُدَّ قاذِفُها ، وإن نَفاهُ، فلا حَدَّ على قاذِفِها ؛ لأنَّه مُنْتَفٍ عن زَوْجِها بالشَّرْعِ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عباسٍ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنْ رَمَاهَا ، أوْ وَلَدَهَا ، فعَلَيْهِ الحَدُّ » . رواه أبو داودَ[50] . وهذا نَصٌّ ، فإنَّه نَصَّ على من رَمَاها ، مع / أن وَلَدَها مَنْفِىٌّ عن المُلاعِنِ شَرْعًا ، ولأنَّه لم يَثْبُتْ زِناها ، ولازَالَ إحْصانُها ، فيَلْزَمُ قاذِفَها الحَدُّ بقوله تعالى : ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً﴾[51] . وكما لو لم يَنْفِ وَلَدَها . فأمَّا إنْ أقامَ[52] بَيِّنَةً ، فقَذَفَها قاذِفٌ بذلك الزِّنَى ، أو بغيرِه ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّه قد زال إحْصانُها ، ولأنَّ هذا القَذْفَ لم يُدْخِلِ المَعَرَّةَ عليها ، وإنما دَخَلَتِ المَعَرَّةُ بقيامِ البَيِّنَةِ ، ولكنَّه يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ[53] السَّبِّ والأذَى . وهكذا كلُّ مَنْ قامتِ البَيِّنةُ بزِناهُ ، لا حَدَّ على قاذِفِه . وبه قال الشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ولكنَّه يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ السَّبِّ والأذَى ، ولا يَمْلِكُ الزَّوْجُ إسْقاطَه عن نَفْسِه باللِّعانِ ؛ لما قَدَّمْناه . وإن قَذَفَ زَوْجَتَه

٨/١٢٤ظ

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .

(٥١) سورة النور ٤ .

(٥٢) فى م : « قام » .

(٥٣) فى ا : « بتعزير » .

وَلَاعَنَها[٥٤] ، ثم قَذَفَها بزِنًى آخرَ ، فعليه الحَدُّ ؛ لأنَّها بانَتْ منه باللِّعانِ ، وصارت أجْنَبِيَّةً ، إلَّا أن يُضِيفَ الزِّنَى إلى حالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فعندَ ذلك إن كان ثَمَّ نَسَبٌ يُرِيدُ نَفْيَه ، فله المُلاعَنَةُ لِنَفْيِه ، وإلَّا لَزِمَه الحَدُّ ، ولا لِعانَ بينهما .

١٣٣٧ – مسألة ؛ قال : (**فَإنِ الْتَعَنَ هُوَ ، ولم تَلْتَعِنْ هِيَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا ، والزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا**)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا لَاعَنَها ، وامْتَنَعتْ هي[١] من المُلَاعَنَةِ ، فلا حَدَّ عليها . وبه قال الحسنُ ، والأوْزاعيُّ ، وأصْحابُ الرَّأيِ . ورُوِيَ ذلك عن الحارثِ العُكْلِيِّ ، وعَطاءٍ الخُراسَانِيِّ . وذَهَبَ مَكْحُولٌ ، والشَّعْبِيُّ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ[٢] ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو إسْحاقَ الجُوزَجَانِيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، إلى أنَّ عليها الحَدَّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَـٰدَٰتٍ ﴾[٣] . والعَذابُ الذى[٤] يَدْرَؤُه لِعانُها هو الحَدُّ المَذْكُورُ فى قَوْلِه سُبْحانَه : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[٥] . ولأنَّه بلِعَانِه حَقَّقَ زِنَاها ، فوَجَبَ عليها الحَدُّ ، كما لو شَهِدَ عليها أرْبعةٌ . ولَنا ، أنَّه لم يتحَقَّقْ من[٦] زِناها ، فلا يجبُ عليها الحَدُّ ، كما لو لم يُلَاعِنْ ، ودليلُ ذلك أنَّ تَحَقُّقَ زِناها لا يَخْلُو إمَّا أن يكونَ بلِعَانِ الزَّوجِ ، أو بنُكُولِها ، أو بهما ، ولا يجوزُ أن يكونَ بلِعَانِ الزَّوجِ وحدَه ؛ لأنَّه لو ثَبَتَ زِناها به ، لَما سُمِعَ لِعانُها ، ولا وَجَبَ الحدُّ على قاذِفِها ، ولأنَّه إمَّا يَمِينٌ ، وإمَّا شَهادةٌ ، وكِلاهما لا يُثْبِتُ له الحَقَّ على غيرِه ، ولا يجوزُ أن

---

(٥٤) سقط من : ب .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سورة النور ٨ .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة النور ٢ .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م .

يَثْبُتَ بنُكُولِها ؛ لأنَّ الْحَدَّ لا / يَثْبُتُ بالنُّكُولِ ، فإنَّه يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، فلا يَثْبُتُ بها ؛ ١٢٥/٨و
وذلك لأنَّ النُّكولَ يَحْتَمِلُ أن يكونَ لشِدَّةِ خَفَرِها ، أو لِعُقْلَةٍ على لِسانِها ، أو غيرِ ذلك ، فلا يجوزُ إثباتُ الحَدِّ الذى اعْتُبِرَ فى بَيِّنَتِه من العَدَدِ ضِعْفُ ما اعْتُبِرَ فى سائرِ الحُدُودِ ، واعْتُبِرَ فى حَقِّهم أن يَصِفُوا صُورةَ الفِعْلِ ، وأن يُصرِّحُوا بلَفْظِه ، وغيرُ ذلك ، مُبالَغَةً فى نَفْيِ الشُّبُهاتِ عنه ، وتَوَسُّلًا إلى إسْقاطِه ، ولا يجوزُ أن يُقْضَى فيه بالنُّكولِ الذى هو فى نَفْسِه شُبْهةٌ ، ولا[7] يُقْضَى به فى شيءٍ من الحُدُودِ ولا العُقُوباتِ ، ولا ما عَدا الأمْوالَ ، مع أنَّ الشافعيَّ لا يَرَى القَضاءَ بالنُّكولِ فى شيءٍ ، فكيف يَقْضِي به فى أعْظَمِ الأُمورِ وأبْعَدِها ثُبُوتًا ، وأسْرَعِها سُقُوطًا ، ولأنَّها لو أقَرَّتْ بِلسانِها ، ثم رَجَعَتْ ، لم يَجِبْ عليها الحَدُّ ، فلأن لا يَجِبَ بمُجَرَّدِ امْتِناعِها من اليَمِينِ على بَراءَتِها أوْلَى ، ولا يجوزُ أن يُقْضَى فيه بهما ؛ لأنَّ ما لا يُقضَى فيه باليَمِينِ المُفْرَدَةِ ، لا يُقْضَى فيه باليَمِينِ مع النُّكُولِ ، كسائرِ الحُقُوقِ ، ولأنَّ ما فى كلِّ واحدٍ منهما من الشُّبْهةِ لا يَنْتَفِي بضَمِّ أحَدِهما إلى الآخرِ ، فإنَّ احْتمالَ نُكُولِها ، لِفَرْطِ حَيائِها وعَجْزِها عن النُّطْقِ باللِّعانِ فى مَجْمَعِ الناسِ ، لا يَزُولُ بلِعَانِ الزَّوْجِ ، والعذابُ يَجُوزُ أن يكونَ الحَبْسَ أو غيرَه ، فلا يتَعَيَّنُ فى الحَدِّ ، وإن احْتَمَلَ أن يكونَ هو المرادَ ، فلا يَثْبُتُ الحَدُّ بالاحْتمالِ ، وقد يُرَجَّحُ ما ذَكَرْناه بقولِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : إنَّ الحَدَّ على مَنْ زَنَى وقد أحْصَنَ ، إذا كانت بَيِّنَةٌ ، أو كان الحملُ ، أو الاعْتِرافُ[8] . فذَكَرَ مُوجِباتِ الْحَدِّ ، ولم يَذْكُرِ اللِّعانَ . واخْتلَفَتِ الرِّوايةُ فيما يُصْنَعُ بها ؛ فرُوِيَ[9] أنَّها تُحْبَسُ حتى تَلْتَعِنَ أو تُقِرَّ أرْبَعًا . قال أحمدُ : فإن أبَتِ المرأةُ أن تَلْتَعِنَ بعدَ الْتِعانِ الرَّجُلِ[10] ، أجْبَرْتُها عليه ، وهِبْتُ أن أحْكُمَ عليها بالرَّجْمِ ؛ لأنَّها لو أقَرَّتْ بلِسانِها لم أرْجُمْها إذا رَجَعَتْ ، فكيف إذا أبَتِ اللِّعانَ ! ولا يَسْقُطُ النَّسَبُ إلَّا

---

(٧) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٨) تقدم تخريجه ، فى صفحة ١١ .

(٩) فى ب ، وحاشية ا زيادة : « عنه » .

(١٠) فى ب : « الزوج » .

بالْتِعانِهما جميعًا ؛ لأَنَّ الفِراشَ قائِمٌ حتى تَلْتَعِنَ ، والوَلَدُ للفِرَاشِ . قال القاضى : هذه الرِّوايةُ أصَحُّ . وهذا قولُ مَنْ وافقَنا فى أنَّه لا حَدَّ عليها ؛ وذلك لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِاللَّهِ ﴾ فيَدُلُّ على أنَّها إذا لم تَشْهَدْ لا يُدْرَأُ[11] عنها العَذابُ . والرِّواية الثانية ، يُخْلَى سَبيلُها . وهو قولُ أبى بكرٍ ؛ / لأنَّه لم يَجِبْ عليها الحَدُّ ، فيَجِبُ تَخْلِيةُ سَبِيلِها ، كما لو[12] لم تَكْمُلِ البَيِّنَةُ . فأمَّا الزَّوْجِيَّةُ ، فلا تَزُولُ ، والوَلَدُ لا يَنْتَفِى ما لم يَتِمَّ اللِّعانُ بينهما ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ ، إلَّا الشافِعِىّ ، فإنَّه قَضَى بالفُرْقةِ ونَفْيِ الوَلَدِ بِمُجَرَّدِ لِعانِ الرَّجُلِ[13] . وقد ذَكَرْنا ذلك .

١٢٥/٨ظ

١٣٣٨ – مسألة ؛ قال : (وَكَذٰلِكَ إنْ أقَرَّتْ دُونَ الْأَرْبعِ مَرَّاتٍ)

وجُمْلَتُه أن الرَّجُلَ إذا قَذَفَ امرأتَه ، فصَدَّقَتْه ، وأقَرَّتْ بالزِّنَى مَرَّةً ، أو مَرَّتينِ ، أو ثلاثًا ، لم يَجِبْ عليها الْحَدُّ ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ إلَّا بإقْرارِ أرْبَعِ مَرَّاتٍ ، على ما يُذْكَرُ فى الحُدودِ ، ثم إن كان تَصْدِيقُها له قبلَ لِعَانِه ، فلا لِعَانَ بينهما ؛ لأنَّ اللِّعانَ كالبَيِّنَةِ ، إنَّما يُقامُ مع الإنْكارِ ، وإن كان بعدَ لِعَانِه ، لم تُلاعِنْ هى ؛ لأنَّها لا تَحْلِفُ مع الإقْرارِ ، وحُكْمُها حكمُ ما لو امْتَنعتْ من غيرِ إقْرارٍ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : إن صَدَّقَتْه قبلَ لِعَانِه ، فعليها الحَدُّ ، وليس له أن يُلَاعِنَ ، إلَّا أن يكونَ ثَمَّ نَسَبٌ يَنْفِيه ، فيُلاعِنُ وَحْدَه ، ويَنْتَفِى النَّسَبُ بمُجَرَّدِ لِعَانِه ، وإن كان بعدَ لِعَانِه ، فقد انْتَفَى النَّسَبُ ، ولَزِمَها الحَدُّ ؛ بناءً على أن النَّسَبَ يَنْتَفِى بمُجَرَّدِ لِعَانِه ، وتَقَعُ الفُرْقةُ ، ويَجِبُ الحَدُّ ، وأنَّ[1] الحَدَّ يَجِبُ[2] بإقْرارِ مَرَّةٍ . وهذه الأُصولُ قد مَضَى أكْثَرُها . ولو أقَرَّتْ أرْبَعًا ، وَجَبَ الحَدُّ ، ولا لِعانَ بينهما إذا لم يَكُنْ ثَمَّ نَسَبٌ يُنْفَى . وإن رَجَعَتْ سَقَطَ

---

(١١) فى ب ، م : « يندرئ » .

(١٢) سقط من : ا ، م .

(١٣) فى ا ، ب : « الزوج » .

(١) فى ب ، م : « فإن » .

(٢) سقط من : ب ، م .

الحَدُّ عنها ، بغيرِ خلافٍ عَلِمْناه . وبه يقول الشافعيُّ ، وأبو ثَوْرٍ[٣] ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . فإنَّ الرُّجُوعَ عن الإقْرارِ بالْحَدِّ مَقْبُولٌ ، وليس له أن يُلاعِنَ للحَدِّ ، فإنَّه لم يَجِبْ عليه لِتَصْدِيقِها إيَّاه . وإن أرادَ لِعانَها لِنَفْيِ نَسَبٍ ، فظاهِرُ قولِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه ليس له ذلك فى جميعِ هذه الصُّوَرِ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْيِ . وقال الشافعيُّ : له لِعانُها لِنَفْيِ النَّسَبِ فيها كلِّها ؛ لأنَّها لو كانتْ عَفِيفةً صالحةً فكَذَّبَتْه ، مَلَكَ نَفْىَ وَلَدِها ، فإذا كانت فاجِرةً فصَدَّقَتْه ، فَلأَنْ يَمْلِكَ نَفْىَ وَلَدِها أَوْلَى . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ نَفْىَ الولدِ إنَّما يكونُ بلِعانِهِما معًا ، وقد تَعَذَّرَ اللِّعانُ منها[٤] ؛ لأنَّها[٥] لا تُسْتَحْلَفُ على نَفْيِ ما تُقِرُّ به ، فتَعَذَّرَ نَفْيُ الوَلَدِ لتَعَذُّرِ سَبَبِه ، كما لو مات بعدَ القَذْفِ وقبلَ اللِّعانِ .

فصل : ولو قال لِامْرَأتِه : يا زانِية . فقالت : بكَ زَنَيْتُ . فلا حَدَّ عليها ، ولا عليه . وقال أصحابُ الشافعيِّ : عليه حَدُّ القَذْفِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّها أرادَتْ بذلك نَفْىَ الزِّنَى عن / نَفْسِها ، كما يَسْتَعْمِلُ أَهْلُ العُرْفِ فيما إذا قال قائلٌ : سَرَقْتَ . قال : مَعَكَ سَرَقْتُ . أى أنا لم أسْرِقْ ؛ لكَوْنِكَ[٦] أنت لم تَسْرِقْ . ولَنا ، أنَّها صَدَّقَتْه فى قَذْفِه إيَّاها ، فأشْبَهَ ما لو قالتْ[٧] : صَدَقْتَ . ولا حَدَّ عليها ؛ لأنَّ حَدَّ الزِّنَى لا يَثْبُتُ إلَّا بالإقْرارِ[٨] أرْبَعَ مَرّاتٍ ، وليس عليها حَدُّ القَذْفِ ؛ فإنَّها[٩] لم تَقْذِفْه ، وإنَّما أقَرَّتْ على نَفْسِها بزِناها به ، ويُمْكِنُ ذلك من غيرِ كَوْنِه زانِيًا ، بأن يَظُنَّها زَوْجَتَه وهى عالِمةٌ أنَّه أجْنَبِىٌّ ، ولأنَّه يَحْتَمِلُ أن تُرِيدَ نَفْىَ ذلك عنهما ، كما ذكَرُوه ، أو أنَّه لم يَطَأْنِى سِواكَ ، فإن[١٠] يكُنْ زِنًى

٨/١٢٦و

(٣) سقط من : الأصل .
(٤) فى ب ، م : « منهما » .
(٥) فى ا ، ب ، م : « ولأنها » .
(٦) فى ا ، م : « لكنك » .
(٧) فى ا ، م : « قال » .
(٨) فى ا ، ب : « بإقرار » .
(٩) فى ب ، م : « لأنها » .
(١٠) فى ا ، م زيادة : « لم » خطأ .

فأنْتَ شَرِيكِى فيه. ولا يَجِبُ الحَدُّ مع الاحْتِمالِ ، [11]ولا يَلْزَمُ من سُقُوطِه عن الرَّجلِ بظاهرِ تَصْدِيقِها ، وُجُوبُه عليها مع الاحْتِمالِ[11] ؛ فإنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، ولا يجبُ بها . ولو قال : يا زَانِيَة . فقالت : أنْتَ أزْنَى مِنِّى . فقال أبو بكرٍ فيها كالتى قبلَها : لا حَدَّ على الزَّوْجِ ؛ لِتَصْدِيقِها[12] له ، ولا على المرأةِ ؛ لما ذكَرْنا فى التى قبلَها . وقال الشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : ليس قَوْلُها قَذْفًا . قال الشافعىُّ : إلَّا أن تُرِيدَ القَذْفَ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن تُرِيدَ أنَّه أصابَنِى وهو زَوْجِى ، فإن كان ذلك ، فهو أبْلَغُ مِنِّى فيه . وقال القاضى : عليها حَدٌّ لقَذْفِها ، ولا حَدَّ عليه لتَصْدِيقِها إيَّاه ، وقد أتَتْ بصَرِيحِ قَذْفِه بالزِّنَى ، فوَجَبَ عليها الحَدُّ ، كما لو قالت : أنْتَ زانٍ . [11]والاحْتِمالُ مع التَّصريحِ بالقَذْفِ ، لا يَمْنَعُ الحَدَّ ، كما لو قالتْ : أنتَ زانٍ[11] . فأمَّا إن قال : يا زانِيةُ . فقالت : بل أنْتَ زانٍ . فكلُّ واحدٍ منهما قاذِفٌ لصاحِبه ، عليه حَدُّ القَذْفِ ؛ [13]إلَّا أنَّ[13] المرأةَ لا تَمْلِكُ إسْقاطَ حَدِّها إلَّا بالبَيِّنَةِ ، والزَّوْجُ يَمْلِكُ إسْقاطَه ببَيِّنةٍ أو لِعَانٍ .

(11 - 11) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(12) فى ا ، م : « بتصديقها » .

(13-13) فى ب ، م : « لأن » .

كتاب العِدَد

الأَصْلُ فى وُجُوبِ العِدَّةِ ، الكِتَابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[1] . وقولُه سبحانه : ﴿ وَٱلَّـٰٓئِى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓئِى لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[2] . وقولُه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾[3] . وأمَّا السُّنَّةُ ، فقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ باللهِ واليَوْمِ الآخِرِ ، أنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ ، إلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وعَشْرًا »[4] . وقال لفاطمةَ بنت قَيْسٍ : « اعْتَدِّى فى بَيْتِ ابنِ

---

(1) سورة البقرة ٢٢٨ .

(2) سورة الطلاق ٤ .

(3) سورة البقرة ٢٣٤ .

(4) أخرجه البخارى ، فى : باب الطيب للمرأة عند غسلها من المحيض ، من كتاب الحيض ، وفى : باب حد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، وباب تلبس الحادة ثياب العصب ، من كتاب الطلاق صحيح البخارى ١/ ٨٥ ، ٢/ ٩٩ ، ٧/ ٧٦ ، ٧٧ . ومسلم ، فى : باب وجوب الإحداد فى عدة الوفاة وتحريمه فى غير ذلك إلا ثلاثة أيام ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١١٢٣ - ١١٢٧ . وأبو داود ، فى : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، وباب فيما تجتنب المعتدة فى عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٣٥ - ٥٣٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى عدة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٧٢ ، ١٧٣ . والنسائى ، فى : باب الإحداد ، وباب سقوط الإحداد عن الكتابية المتوفى عنها زوجها ، وباب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة ، وباب الخضاب للحادة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٦٤ - ١٦٨ . وابن ماجه ، فى : باب هل تحد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٧٤ . والدارمى ، فى : باب النهى للمرأة عن الزينة فى العدة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٦٧ ، ١٦٨ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الإحداد ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٩٧ ، ٥٩٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٨٥ ، ٦/ ٣٧ ، ١٨٤ ، ٢٤٩ ، ٢٨١ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٣٢٤ - ٣٢٦ ، ٤٠٨ ، ٤٢٦ .

١٢٦/٨ظ أُمِّ مَكْتُومٍ»[٥] . / فى آيٍ وأحاديثَ كثيرة . وأَجْمَعَتِ الأُمَّةُ على وُجُوبِ العِدَّةِ فى الجُمْلةِ ، وإنَّما اخْتَلَفُوا فى أنْواعٍ منها . وأجْمَعُوا على أن المُطَلَّقةَ قبلَ الْمَسِيسِ لا عِدَّةَ عليها ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[٦] . ولأنَّ العِدَّةَ تجبُ لِبراءةِ الرَّحِمِ ، وقد تَيَقَّنَّاها هُهُنا . وهكذا كل فُرْقَةٍ فى الحياةِ ، كالفَسْخِ لِرَضَاعٍ ، أو عَيْبٍ ، أو عِتْقٍ ، أو لِعَانٍ ، أو اخْتلافِ دِينٍ .

فصل : وتجبُ العِدَّةُ على الذِّمِّيَّةِ من الذِّمِّىِّ والمسلمِ . وقال أبو حنيفةَ : إن لم تكُنْ من دِينِهم ، لم تَلْزَمْها ؛ لأنَّهم لا يُخاطَبُونَ بفُرُوعِ الدِّينِ . ولَنا ، عُمومُ الآياتِ ، ولأنَّها بائِنٌ بعدَ الدُّخولِ ، أشْبَهَ المسلمةَ . وعِدَّتُها كعِدَّةِ المُسْلِمةِ ، فى قولِ علماءِ الأمصارِ ؛ منهم مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرأى ومَنْ تَبِعَهُم ، إلَّا ما رُوِىَ عن مالكٍ ، أنَّه قال : تَعْتَدُّ من الوَفاةِ بحَيْضَةٍ . ولَنا ، عُمومُ قولِ الله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ . ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ من الوَفاةِ ، أشْبَهتِ[٧] المُسْلِمةَ .

فصل : والمُعْتَدَّاتُ ثلاثةُ أقسامٍ ؛ مُعْتَدَّةٌ بالحَمْلِ ، وهى كُلُّ امْرأةٍ حاملٍ من زَوْجٍ ، إذا فارَقَتْ زَوْجَها بطَلَاقٍ أو فَسْخٍ أو مَوْتِه عنها ، حُرَّةً كانت أو أَمَةً ، مسلمةً أو كافرةً ، فعِدَّتُها بوَضْعِ الحَمْلِ ، ولو بعد ساعةٍ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَأُوْلَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . والثانى ، مُعْتَدَّةٌ بالقُرُوءِ ، وهى كُلُّ مُعْتَدَّةٍ من فُرْقَةٍ فى

---

(٥) تقدم تخريجه ، فى : ١٠/٣٣١ ، ويضاف : وأخرجه النسائى ، فى : باب إذا استشارت المرأة رجلا فى من يخطبها هل يخبرها بما يعلم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٦٢ .

(٦) سورة الأحزاب ٤٦ .

(٧) فى الأصل : « وأشبهت » .

الحياةِ ، أو وَطْءٍ فى غيرِ نِكاحٍ ، إذا كانت ذاتَ قُرْءٍ ، فعِدَّتُها بالقُرْءِ[8] ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ . والثالث ، مُعْتَدَّةٌ بالشُّهُورِ ، وهى كل مَنْ تَعْتَدُّ بالقُرْءِ[9] إذا لم تكنْ ذاتَ قُرْءٍ ؛ لِصِغَرٍ ، أو يَأْسٍ ، لقولِ الله تعالى : ﴿ وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾ . وذَواتُ[10] القُرْءِ إذا ارْتَفَعَ حَيْضُها لا تَدْرِى ما رَفَعَه ، اعْتَدَّتْ بِتِسْعَةِ أشْهُرٍ لِلحَمْلِ . وعِدَّةُ الآيِسَةِ ، وكلُّ مَنْ تُوُفِّىَ عنها زَوْجُها ولا حَمْلَ بها قبل الدُّخولِ أو بعدَه ، حُرَّةً أو أمةً ، فعِدّتُها بالشُّهورِ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ / وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ . ١٢٧/٨و

فصل : وكل فُرْقةٍ بين زَوْجَيْنِ فعِدَّتُها عِدَّةُ الطَّلاقِ ، سَواءٌ كانت بخُلْعٍ ، أو لِعَانٍ ، أو رَضاعٍ ، أو فَسْخٍ بعَيْبٍ ، أو إعْسارٍ ، أو إعْتاقٍ ، أو اخْتلافِ دِينٍ ، أو غيرِه ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العِلْمِ . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، أنَّ عِدَّةَ المُلاعِنَةِ تِسْعةُ أشْهُرٍ . وأبَى ذلك سائرُ أهلِ العلمِ ، وقالوا : عِدّتُها عدَّةُ الطَّلاقِ ؛ لأنَّها مُفارِقةٌ فى الحياةِ ، فأشْبهتِ المُطَلَّقةَ . وأكثرُ أهلِ العلمِ يقولون : عِدّةُ المُخْتَلِعةِ عِدَّةُ المُطَلَّقةِ ؛ منهم سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وسالمُ بن عبدِ الله ، وعُرْوَةُ ، وسليمانُ بن يَسَارٍ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، والحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، وخِلاسُ بن عمرٍو ، وأبو عِياضٍ[11] ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ . ورُوِىَ عن عثمانَ بن عفَّان ، وابنِ عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، وأبَانَ بن عثمانَ ، وإسْحاقَ ، وابنِ المُنْذرِ ، أنَّ عِدَّةَ المُخْتَلِعةِ حَيْضةٌ . ورَواه ابنُ القاسمِ عن أحمدَ ، لما رَوَى ابنُ عباسٍ ، أنَّ امْرأةَ ثابتِ بن قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ منه ، فجعَل النَّبِىُّ ﷺ عِدَّتَها حَيْضةً . رواه النَّسائِىُّ[12] . وعن رُبَيِّعَ بنتِ مُعَوِّذٍ مثلُ ذلك ، وأن

---

(٨) فى ب ، م : « القرء » .

(٩) فى الأصل ، ا : « القرء » .

(١٠) فى ب ، م : « وذات » .

(١١) سقطت الواو من : ا . وتقدم فى : ٤١٥/٥ .

(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ٢٦٧/١٠ .

عثمانَ قَضَى به . رواه النَّسائِيُّ ، وابنُ ماجه[١٣] . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ . ولأنَّها فُرْقةٌ بعدَ الدُّخولِ فى الحياةِ ، فكانت ثلاثة قُروءٍ ، كغيرِ الخُلْعِ ، وقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « قُرْءُ الْأَمَةِ حَيْضَتانِ »[١٤] . عامٌّ ، وحَدِيثُهُم يَرْوِيه عِكْرِمةُ مُرْسلًا ، قال أبو بكرٍ : هو ضَعِيفٌ مُرْسَلٌ . وقولُ عثمانَ وابنِ عباسٍ ، قد خالَفه قولُ عمرَ وعلىٍّ ، فإنَّهما قالا : عِدَّتُها ثلاثُ حِيَضٍ . وقولُهما أَوْلَى . وأمَّا ابنُ عمرَ ، فقد رَوَى مالكٌ[١٥] ، عن نافعٍ ، أنَّه قال : عِدَّةُ المُخْتَلعةِ عِدَّةُ المُطَلَّقةِ[١٦] . وهو أصَحُّ عنه .

فصل : والمَوْطُوءةُ بشُبْهةٍ تَعْتَدُّ عِدَّةَ المُطَلَّقةِ ، وكذلك الموطوءةُ فى نِكاحٍ فاسدٍ . وبهذا قال الشافعىُّ ؛ لأنَّ وَطْءَ الشُّبْهةِ وفى النكاحِ الفاسدِ ، فى شَغْلِ الرَّحِمِ ولُحُوقِ[١٧] النَّسَبِ ، كالوَطْءِ فى النِّكاحِ الصَّحِيحِ ، فكان مثلَه فيما تَحْصُلُ به البَراءةُ . وإن وُطِئَتِ المُزَوَّجَةُ بشُبْهةٍ ، لم يَحِلَّ لِزَوْجِها وَطْؤُها قبلَ قَضاءِ[١٨] عِدَّتِها ، كى لا يُفْضِىَ إلى اخْتِلاطِ المِياهِ واشْتِباهِ الأنْسابِ ، وله الاسْتِمْتاعُ منها بما دُونَ / الفَرْجِ ، فى أحدِ الوَجْهينِ ؛ لأنَّها زوجةٌ حُرِّمَ وَطْؤُها لعارِضٍ مُخْتَصٍّ بالفَرْجِ ، فأُبِيحَ الاسْتِمْتاعُ منها بما دُونَه ، كالحائضِ .

١٢٧/٨ ظ

فصل : والمَزْنِىُّ بها ، كالمَوْطُوءةِ بشُبْهةٍ فى العِدَّةِ . وبهذا قال الحسنُ ، والنَّخَعِىُّ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّها تُسْتَبْرَأُ بحَيْضةٍ . ذكرها ابنُ أبى موسى . وهذا قولُ مالكٍ ،

---

(١٣) أخرجه النسائى ، فى : باب عدة المختلعة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٥٣ . وابن ماجه ، فى : باب عدة المختلعة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٣ ، ٦٦٤ . كما أخرجه الإمام مالك ، فى : باب طلاق المختلعة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٦٥ .

(١٤) تقدم تخريجه ، فى : ١٠/٥٣٤ .

(١٥) فى : باب طلاق المختلعة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٦٥ .

(١٦) فى ا ، ب ، م : « مطلقة » .

(١٧) فى ا ، ب ، م : « ولحقوق » .

(١٨) فى ب ، م : « انقضاء » .

(19) ورُوِىَ عن أبى بكرٍ وعمرَ ، رَضى اللهُ عنهما : لا عِدّةَ عليها . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ (19) ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ العِدَّةَ لحِفْظِ النَّسَبِ ، ولا يَلْحَقُه نَسَبٌ . وقد رُوِىَ عن علىٍّ ، رضَى اللهُ عنه ، ما يَدُلُّ على ذلك . ولَنا ، أنَّه وَطْءٌ يَقْتَضِى شَغْلَ الرَّحِمِ ، فوَجَبَتِ العِدَّةُ منه ، كوَطْءِ الشُّبْهةِ . وأمَّا وُجوبُها كعِدَّةِ المُطَلَّقةِ ، فلأنَّها حُرَّةٌ ، فوَجَبَ اسْتِبْراؤُها بعِدَّةٍ كاملةٍ ، كالمْوطوءةِ بشُبْهةٍ . وقولُهم : إنَّما تَجبُ لحِفْظِ النَّسَبِ . لا يَصِحُّ ، فإنَّها لو اخْتصَّتْ بذلك ، لَما وَجَبَتْ على المُلاعِنَةِ المَنْفِىِّ وَلَدُها ، والآيِسَةِ ، والصغيرةِ ، ولَما وَجَبَ اسْتِبْراءُ الأَمَةِ التى لا يَلْحَقُ ولَدُها بالبائعِ ، ولو وَجَبَتْ لذلك ، لَكان اسْتِبْراءُ الأَمَةِ على البائعِ ، ثم لو ثَبَتَ أنَّها وَجَبَتْ لذلك ، فالحاجةُ إليها داعِيَةٌ ؛ فإنَّ المَزْنِىَّ بها إذا تزوَّجَتْ قبلَ الاعْتِدادِ ، اشْتَبَه ولدُ الزَّوْجِ بالوَلَدِ من الزِّنَى (20) ، فلا يَحْصُلُ حِفْظُ النَّسَبِ .

١٣٣٩ ـ مسألة ؛ قال ، رحمه الله تعالى : (**وَإذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ وَقَدْ خَلَا بِهَا ، فعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ غَيْرَ الْحَيْضةِ الَّتِى طَلَّقَهَا فِيهَا**)

فى هذه المسألةِ ثلاثةُ فصولٍ :

أحدها : أنَّ العِدَّةَ تَجبُ على كلِّ مَنْ خَلَا بها زَوْجُها ، وإن لم يَمَسَّها . ولا خِلَافَ بين أهلِ العلمِ فى وُجوبِها على المُطَلَّقةِ بعدَ المَسِيسِ ، فأمَّا إن خَلَا بها ولم يُصِبْها ، ثم طَلَّقَها ، فإنَّ مَذْهَبَ أحمدَ وُجُوبُ العِدَّةِ عليها . ورُوِىَ ذلك عن الخُلَفاءِ الرَّاشِدِينَ ، وزيدٍ ، وابنِ عمرَ . وبه قال عُرْوَةُ ، وعلىُّ بن الحُسَيْنِ ، وعَطاءٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ فى قديمِ قَوْلِه (1) . وقال

(19 - 19) سقط من : ب .

(20) فى ب : « المزنى » .

(1) فى ا ، م : « قوليه » .

الشافعيُّ فى الجديدِ : لا عِدَّةَ عليها ؛ لقولِه تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾[2] . وهذا نَصٌّ ، ولأنَّها مُطَلَّقةٌ لم تُمَسَّ ، فأشْبَهَتْ مَنْ لم يُخْلَ بها . ولَنا ، إجماعُ الصَّحابةِ ، رَوَى[3] الإمامُ أحمدُ ، والأثْرمُ ، بإسنادِهما عن زُرَارةَ بن أَوْفَى ، قال : قَضَى الخُلفاءُ الراشدونَ أنَّ مَنْ أَرْخَى سِتْرًا، أو أغْلَقَ بابًا ، فقد وَجَبَ / المَهْرُ ، ووَجَبَتِ العِدَّةُ[4]. ١٢٨/٨و ورَواه الأثْرمُ أيضًا عن الأحْنَفِ ، عن عمرَ وعليٍّ ، وعن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، عن عمرَ وزَيْدِ بن ثابتٍ . وهذه قَضَايا اشْتَهَرَتْ ، فلم تُنْكَرْ ، فصارَتْ إجْماعًا . وضَعَّفَ أحمدُ ما رُوِىَ فى خلافِ ذلك ، وقد ذكرناه فى كتابِ الصَّداقِ[5] . ولأنَّه عَقْدٌ على المنافعِ ، والتَّمْكِينُ[6] فيه يَجْرِى مَجرَى الاسْتِيفاءِ فى الأحكامِ المُتَعَلِّقةِ ، كعَقْدِ الإجارَةِ ، والآية مَخْصُوصةٌ بما ذكَرْناه ، ولا يَصِحُّ القِيَاسُ على مَنْ لم يَخْلُ بها ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منها[7] التَّمْكِينُ .

فصل : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه لا فَرْقَ بين أن يَخْلُوَ بها مع المانِعِ من الوَطْءِ ، أو مع عَدَمِه ، سَواءٌ كان المانعُ حَقِيقِيًّا ، كالجَبِّ والعُنَّةِ والفَتْقِ والرَّتَقِ ، أو شَرْعِيًّا كالصَّوْمِ والإِحْرامِ والحَيْضِ والنِّفَاسِ والظِّهارِ ؛ لأنَّ الحُكْمَ عُلِّقَ[8] هٰهُنا على الخَلْوَةِ التى هى مَظِنَّةُ الإصابةِ دُونَ حَقِيقَتِها ، ولهذا لو خَلَا بها فأتَتْ بولِدٍ لمُدَّةِ الحَمْلِ ، لَحِقَه نَسَبُه ، وإن لم يَطَأْ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ الصَّداقَ لا يكْمُلُ مع وُجُودِ المانعِ ، فكذلك يُخَرَّجُ فى العِدَّةِ. ورُوِىَ عنه ، أنَّ صَوْمَ شَهْرِ رمضانَ يَمْنَعُ كَمالَ الصَّداقِ مع الخَلْوةِ ، وهذا يَدُلُّ

---

(٢) سورة الأحزاب ٤٩ .

(٣) فى ا : « وروى » .

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ١٥٣/١٠ .

(٥) فى : ١٥٤/١٠ .

(٦) فى م : « فالتمكين » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) فى ا : « تعلق » .

على أنَّه متى كان المانعُ مُتأَكِّدًا ، كالإحرامِ وشِبْهِه ، مَنَعَ كَمالَ الصَّداقِ ، ولم تَجِبِ العِدَّةُ ؛ لأنَّ الخَلْوَةَ إنَّما أُقِيمَتْ مُقامَ المَسِيسِ ؛ لأنَّها مَظِنَّةٌ له ، ومع المانعِ لا تَتحقَّقُ المَظِنَّةُ . فأمَّا إن خَلا بها ، وهى صغيرةٌ لا يُمْكِنُ وَطْؤُها ، أو كان أعْمَىَ فلم يَعْلَمْ بها ، فلا عِدَّةَ عليها ، ولا يكْمُلُ صَداقُها ؛ لأنَّ المَظِنَّةَ لا تتحقَّقُ مع ظُهُورِ اسْتِحالةِ المَسِيسِ .

الفصل الثانى : أنَّ عِدَّةَ المُطَلَّقةِ ، إذا كانت حُرَّةً وهى من ذواتِ القُرُوءِ ، ثَلاثَةُ قُرُوءٍ . بلا خِلافٍ بين أهلِ العلمِ ؛ وذلك لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . والقُرْءُ[9] فى كلامِ العَرَبِ يَقَعُ على الحَيْضِ والطُّهْرِ جميعًا ، فهو من الأسْماءِ المُشْتَرَكةِ ، قال أحمدُ بن يَحْيَى ثَعْلَبٌ : القُرُوءُ الأوْقاتُ ، الواحدُ قُرْءٌ ، وقد يكون حَيْضًا وقد يكون طُهْرًا ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يأْتِى لِوَقْتٍ . قال الشاعر[10] :

كَرِهْتُ العَقْرَ عَقْرَ بَنِى تَمِيمٍ ... إذا هَبَّتْ لقَارِيها الرِّيَاحُ[11]

يعنى : لوَقْتِها . وقال الخليلُ بن أحمدَ يقال : أقْرَأَتِ المرأةُ : إذا دَنا حَيْضُها وأقْرَأَتْ : /إذا دنا طُهْرُها ، وفى الحديثِ عن النَّبىِّ ﷺ : « دَعِى الصَّلاةَ أيامَ أقْرائِكِ »[12] . فهذا الحَيْضُ . وقال الشاعر :[13] ٨/١٢٨ ظ

مُوَرِّثَةٌ عزًّا وفى الحَىِّ رِفْعَةً ... لِمَا ضَاعَ فيها مِنْ قُرُوءِ نِسَائِكَا

فهذا الطُّهْرُ . واخْتَلَفَ أهلُ العلمِ فى المُرادِ بقولِه سبحانه : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . واختلفتِ الرِّوايةُ فى ذلك عن أحمدَ ، فرُوِىَ أنَّها الحَيْضُ . رُوِىَ ذلك عن

---

(٩) فى الأصل : « والقروء » .

(١٠) هو مالك بن الحارث أخو بنى كاهل بن الحارث بن تميم بن سعد بن هذيل . انظر : ديوان الهذليين ٨١/٣ ، والبيت فيه ٨٣/٣ . وقد نسب لتأبط شرا فى : معجم البلدان ٣ /٦٩٥ ، انظر ديوانه ٢٤٠ .

(١١) العقر هنا : القصر الذى يكون معتمدا لأهل القرية . معجم البلدان ٦٩٥/٣ .

(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ٢٧٧/١ .

(١٣) هو الأعشى ، والبيت فى ديوانه ٩١ .

عمرَ ، وعليٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والثَّوْرِيِّ ، والأَوْزَاعيِّ ، والعَنْبَرِيِّ ، وإسْحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . ورُوِىَ ذلك عن أبى بكرٍ الصِّدِّيق ، وعثمانَ ابن عَفَّانَ ، وأبى مُوسَى ، وعُبادةَ بن الصَّامتِ ، وأبى الدَّرْدَاءِ . قال القاضى : الصَّحِيحُ عن أحمدَ ، أنَّ الأَقْرَاءَ الحِيَضُ . وإليه ذَهَبَ أصْحابُنا ، ورَجَعَ عن قَوْلِه بالأَطْهارِ ، فقال : فى رواية النَّيسابُورِىِّ : كنتُ أقولُ : إنَّه الأَطْهارُ ، وأنا أذْهَبُ اليومَ إلى أنَّ الأَقْرَاءَ الحِيَضُ . وقال ، فى رِوايةِ الأَثْرَمِ[14] : كنتُ أقولُ الأَطْهارَ ، ثم وَقَفْتُ لقولِ الأَكابِرِ . والرِّواية الثانيةِ عن أحمدَ ، أنَّ القُرُوءَ الأَطْهارُ . وهو قولُ زيدٍ ، وابنِ عمرَ ، وعائشةَ ، وسُلَيمانَ بن يَسَارٍ ، والقاسمِ بن محمدٍ ، وسالمِ بن عبدِ الله ، وأَبانَ بن عثمانَ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، والزُّهْرِيِّ ، ومالكٍ ، والشافعيِّ ، وأبى ثَوْرٍ . وقال أبو بكرِ بن عبد الرحمنِ : ما أدْرَكْتُ أحدًا من فُقَهائِنا إلَّا وهو يقولُ ذلك . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : رَجَعَ أحمدُ إلى أنَّ القُرُوءَ الأَطْهارُ ، قال ، فى روايةِ الأثرمِ : رأيتُ الأحاديثَ عَمَّنْ قال : القُرُوءُ الحِيَضُ . تختلفُ ، والأحاديث عَمَّنْ قال : إنَّه أحَقُّ بها حتى تَدْخُلَ الحَيْضةَ الثالثةَ . أحادِيثُها صِحاحٌ وقَوِيَّةٌ[15] . واحْتَجَّ مَنْ قال ذلك بقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[16] . أى فى عِدَّتِهِنَّ . كقولِه تعالى : ﴿ وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ ﴾[17] . أى : فى يومِ القيامةِ . وإنَّما أمَرَ بالطَّلَاقِ فى الطُّهْرِ لا فى الحَيْضِ . ويَدُلُّ عليه قولُ النَّبيِّ ﷺ ، فى حديثِ ابنِ عمرَ : « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْها حتى تَطْهُرَ ، ثم تَحِيضَ ، ثم تَطْهُرَ ، فإنْ شاءَ طَلَّقَ ، وإنْ شاءَ أمسَكَ ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِى أمَرَ اللهُ تَعالَى أنْ تُطَلَّقَ لَها النِّساءُ » . مُتَّفَقٌ عليه[18] . وفى رِوايةِ ابنِ عمرَ : « فَطَلِّقُوهُنَّ فِى قُبُلِ[19] عِدَّتِهِنَّ » .

---

(14) فى ا زيادة : « قد » .

(15) سقطت الواو من : الأصل .

(16) سورة الطلاق ١ .

(17) سورة الأنبياء ٤٦ .

(18) تقدم تخريجه ، فى : ١/٤٤٤ .

(19) سقط من : الأصل .

ولأنها عِدَّةٌ عن طلاقٍ مُجرَّدٍ مُباحٍ ، فوَجَبَ أن يُعْتَبَرَ عَقِيبَ الطَّلاقِ ، كَعِدَّةِ[٢٠] الآيِسَةِ والصَّغِيرةِ[٢١] ولَنا ، قولُ اللهِ / تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾[٢٢]. فنَقَلَهُنَّ عندَ عَدَمِ الحَيْضِ إلى الاعْتِدادِ بالأشْهُرِ ، فدَلَّ ذلك على أنَّ الأصْلَ الحَيْضُ ، كما قال تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا ﴾[٢٣] . الآية ، ولأنَّ المَعْهُودَ فى لِسانِ الشَّرْعِ اسْتِعْمالُ القُرْءِ بمعنى الحَيْضِ ، قال النَّبِىُّ ﷺ : « تَدَعُ الصَّلاةَ أيَّامَ أقْرائِهَا » . رواه أبو داودَ[٢٤] . وقال لفاطمةَ بنتِ أبى حُبَيْشٍ : « انْظُرِى ، فإذَا أتَى قُرُوؤُكِ ، فَلَا تُصَلِّى ، وإذَا مَرَّ قُرُوؤُكِ ، فَتَطَهَّرِى ، ثم صَلِّى مَا بَيْنَ القُرْءِ إلى القُرْءِ » . رواه النَّسائِىُّ[٢٥] . ولم يُعْهَدْ فى لِسانِه اسْتِعْمالُه بمعنى الطُّهْرِ فى مَوْضِعٍ ، فوَجَبَ أن يُحْمَلَ كلامُه على المَعْهُودِ فى لِسانِه . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « طَلَاقُ الأَمَةِ طَلْقَتانِ ، وقُرْؤُهَا حَيْضَتانِ » . رواه أبو داودَ ، وغيرُه[٢٦] . فإن قالوا : هذا يَرْوِيه مُظاهِرُ بن أسْلَمَ[٢٧] ، وهو مُنْكَرُ الحَدِيثِ . قُلْنا : قد رَواه عبدُ اللهِ بن عِيسَى ، عن عَطِيَّةَ العَوْفِىِّ ، عن ابنِ عمرَ ، كذلك أخْرَجَه ابن ماجَه ، فى « سُنَنِه » ، وأبو بكرٍ الخَلَّالُ ، فى « جامِعِه » ، وهو نَصٌّ فى عِدَّةِ الأَمَةِ ، فكذلك عِدَّةُ الحُرَّةِ . ولأنَّ ظاهِرَ قولِه تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ . وُجوبُ التَّرَبُّصِ ثَلَاثَةً كاملةً ، ومن جَعَلَ القُرُوءَ الأطْهارَ ، لم يُوجِبْ ثلاثةً ؛ لأنَّه يَكْتَفِى بطُهْرَيْنِ وبعضِ الثالثِ ، فيُخالِفُ ظاهرَ النصِّ ، ومن جَعَلَه الحَيْضَ ، أوْجَبَ ثلاثةً

١٢٩/٨ و

---

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « وكعدة » .

(٢١) فى ب : « أو الصغيرة » .

(٢٢) سورة الطلاق ٤ .

(٢٣) سورة المائدة ٦ .

(٢٤) تقدم تخريجه ، فى : ٣٩٧/١ .

(٢٥) فى : باب الأقراء ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٧٦/٦ . وانظر ٢٧٧/١ .

(٢٦) تقدم تخريجه ، فى : ٥٣٤/١٠ .

(٢٧) فى النسخ : « مسلم » . وانظر ترجمته فى : تهذيب التهذيب ١٨٣/١٠ .

كاملةً ، فيُوافِقُ ظاهِرَ النصِّ ، فيكونُ أَوْلَى من مُخالَفَتِه ، ولأنَّ العِدَّةَ اسْتِبْراءٌ ، فكانت بالحَيْضِ، كاسْتِبْراءِ الأَمَةِ، وذلك لأنَّ الاسْتِبْراءَ لمَعْرِفةِ بَراءَةِ الرَّحِمِ من الحَمْلِ، والذى يَدُلُّ عليه الحَيْضُ، فوَجَبَ أن يكونَ الاسْتِبْراءُ به. فإن قِيلَ: لا نُسَلِّمُ أن اسْتِبْراءَ الأَمَةِ بالحَيْضَةِ، وإنَّما هو بالطُّهْرِ الذى قبلَ الحَيْضَةِ. كذلك قال ابنُ عبدِ البَرِّ، وقال[28]: قولُهم: إنَّ استبراءَ الأَمةِ حَيْضةٌ بإجماعٍ. ليس كما ظَنُّوا، بل جائِزٌ لها عندنا أن تَنْكِحَ إذا دَخَلَتْ فى الحَيْضَةِ، واسْتَيْقَنَتْ أن دَمَها دَمُ حَيْضٍ، كذلك قال إسماعيلُ بن إسحاق لِيَحْيَى بن أكْثَمَ حين أُدخِلَ[29] عليه فى مُناظَرَتِه إيَّاه. قُلْنا: هذا يَرُدُّه قولُ النَّبىِّ ﷺ: «لَا تُوطَأُ حامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، ولَا حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ»[30]. ولأنَّ بالاسْتِبْراءِ[31] تُعْرَفُ بَراءةُ الرَّحِمِ، وإنَّما يَحْصُلُ بالحَيْضَةِ، لا بالطُّهْرِ الذى قبلَها، ولأنَّ العِدَّةَ [32]تتعَلَّقُ بخُرُوجِ خارجٍ / من الرَّحِمِ ، فوَجَبَ أن تتعلَّقَ بالطُّهْرِ ، كوَضْعِ الحَمْلِ ، يُحَقِّقُه أنَّ العِدَّةَ[32] مَقْصُودُها مَعْرِفةُ[33] بَراءةِ المرأةِ من الحَمْلِ ، فتارةً تَحْصُلُ بوَضْعِه ، وتارةً تحْصُلُ بما يُنافِيه ، وهو الحَيْضُ الذى لا يُتَصَوَّرُ وجودُه معه . فأمَّا[34] قولُه تعالى : ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فيَحْتَمِلُ أنَّه أراد قبلَ عِدَّتِهِنَّ، إذ لا يُمْكِنُ حَمْلُه على الطَّلاقِ فى العِدَّةِ، ضَرُورةَ أنَّ الطلاقَ يَسْبِقُ[35] العِدَّةَ، لكَوْنِه سَبَبَها، والسَّبَبُ يتقَدَّمُ[36] الحُكْمَ، فلا يُوجَدُ الحُكْمُ[37] قبلَه، والطلاقُ فى الطُّهْرِ تَطْلِيقٌ قبلَ العِدَّةِ إذا كانت الأَقْراءُ الحِيَضَ.

٨/١٢٩ظ

---

(٢٨) سقطت الواو من : ب .

(٢٩) فى م : « دخل » .

(٣٠) تقدم تخريجه ، فى : ٤٤٤/١ .

(٣١) فى م : « الاستبراء » .

(٣٢ - ٣٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) فى ا ، م : « فإن » .

(٣٥) فى ا ، م : « سبق » .

(٣٦) فى ب ، م زيادة : « على » .

(٣٧) سقط من : ب ، م .

الفصل الثالث : أنَّ الحَيْضةَ التى تَطْلُقُ[٣٨] فيها ، لا تُحْسَبُ من عِدَّتِها . بغيرِ خلافٍ بين أهلِ العلمِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أَمَرَ بثلاثةِ قُرُوءٍ ، فتَناوَلَ ثلاثةً كاملةً ، والتى طَلَّقَ فيها لم يَبْقَ منها ما تَتِمُّ به مع اثْنَتَيْنِ ثلاثةٌ كاملةٌ ، فلا يُعْتَدُّ بها . ولأنَّ الطلاقَ إنَّما حُرِّمَ فى الحَيْضِ ؛ لما فيه من تَطْوِيلِ العِدَّةِ عليها ، فلو احْتَسَبَتْ[٣٩] بتلك الحيضةِ قُرْءًا ، كان أقْصَرَ لعِدَّتِها ، وأنْفعَ لها ، فلم يكُنْ مُحَرَّمًا[٤٠] ، ومن قال : القُروءُ الأطهارُ . [٤١]احْتَسَبَ لها بالطُّهْرِ الذى طَلَّقَهَا فيه قُرْءًا ، فلو طَلَّقَهَا وقد بَقِىَ من قُرْئِها لَحْظةٌ ، حَسَبَها قُرْءًا ، وهذا قولُ كلِّ مَنْ قال : القُرُوءُ الأطهار[٤١] . إلَّا الزُّهْرِىَّ وحدَه ، قال : تَعْتَدُّ بثلاثةِ[٤٢] قُرُوءٍ سِوَى الطُّهْرِ الذى طَلَّقَهَا فيه . وحُكِىَ عن أبى عُبَيْدٍ ، أنَّه إنْ كان جامَعَها فى الطُّهْرِ ، لم يَحْتَسِبْ ببَقِيَّتِه ؛ لأنَّه زَمَنٌ حُرِّمَ فيه الطلاقُ ، فلم يَحتسِبْ به[٤٣] من العِدَّةِ ، كزَمَنِ الحيضِ . ولَنا ، أنَّ الطَّلاقَ حُرِّمَ فى زَمَنِ الحيضِ دَفْعًا لِضَرَرِ تَطْوِيلِ العِدَّةِ عليها ، فلو لم يَحْتَسِبْ ببَقِيَّةِ الطُّهْرِ قُرْءًا ، كان الطلاقُ فى الطُّهْرِ أضَرَّ بها ، وأطْوَلَ عليها ، وما ذكر عن أبى عُبَيْدٍ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَ الطَّلاقِ فى الْحَيضِ لكَوْنِها لا تَحْتَسِبُ ببَقِيَّتِه ، فلا يجوزُ أن تُجْعَلَ العِلَّةُ فى عَدَمِ الاحْتِسابِ تَحْرِيمَ الطلاقِ ، فتَصِيرَ العِلَّةُ مَعْلُولًا ، وإنَّما تَحْرِيمُ الطَّلاقِ فى الطُّهْرِ الذى أصَابَها فيه ، لكونِها مُرْتَابةً ، ولكونه[٤٤] لا يَأْمَنُ النَّدَمَ بظُهورِ حَمْلِها ، فأمَّا إن انْقَضَتْ حُرُوفُ الطَّلاقِ مع انْقِضاءِ الطُّهْرِ ، فإنَّ الطلاقَ يَقَعُ فى[٤٥] أوَّلِ الحَيْضَةِ ، ويكونُ مُحَرَّمًا ، ولا تَحْتَسِبُ بتلك

---

(٣٨) فى ا ، ب ، م : « طلق » .

(٣٩) فى الأصل : « احتسب » .

(٤٠) فى م : « محروما » .

(٤١ – ٤١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٤٢) فى ا : « ثلاثة » .

(٤٣) سقط من : ب .

(٤٤) فى ا : « ولكونها » .

(٤٥) سقط من : ا .

الحَيْضَةِ من عِدَّتِها ، وتحتاجُ أن تَعْتَدَّ بثلاثِ حِيَضٍ بعدَها ، أو ثلاثةِ أطْهارٍ ، على الرِّوايةِ الأُخْرَى . ولو قال لها : أنْتِ طالقٌ فى آخرِ طُهْرِكِ . أو : فى آخرِ جُزْءٍ من طُهْرِكِ . أو انْقَضَتْ حُروفُ[46] الإيقاعِ ، ولم يَبْقَ من الطُّهْرِ إلَّا زَمَنُ الوُقوعِ ، فإنَّها لا تَحْتَسِبُ بالطُّهْرِ الذى وَقَعَ فيه الطلاقُ ؛ / لأنَّ العِدَّةَ لا تكونُ إلَّا بعدَ وُقوعِ الطَّلاقِ ، وليس بعدَه طُهْرٌ تَعْتَدُّ به ، ولا يجوزُ الاعْتِدادُ بما قبلَه . ولا بما قارَبَه ، ومن جَعَلَ القُرْءَ الحَيْضَ ، اعْتَدَّها بالحَيْضَةِ التى تَلِى الطلاقَ ؛ لأنَّها حَيْضَةٌ كاملةٌ ، لم يَقَعْ فيها طلاقٌ ، فوَجَبَ أن تَعْتَدَّ بها قُرْءًا . وإن اخْتَلَفا ، فقال الزوجُ : وَقَعَ الطَّلاقُ فى أوَّلِ الحَيْضِ . وقالتْ : بل فى آخرِ الطُّهْرِ . أو قال : انْقَضَتْ حُرُوفُ الطَّلاقِ مع انْقِضاءِ الطُّهْرِ . وقالت : بل وقد بَقِىَ منه بَقِيَّةٌ . فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ قولَها مقبولٌ فى الحَيْضِ ، وفى انْقِضاءِ العِدَّةِ .

١٣٠/٨و

١٣٤٠ – مسألة ؛ قال : (فَإِذَا اغْتَسَلَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ، أُبِيحَتْ لِلْأَزْوَاجِ)

حكى أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامدٍ ، فى هذه المسألةِ رِوايتَيْن ؛ إحداهما ، أنَّها فى العِدَّةِ ما لم تَغْتَسِلْ ، فيُباحُ لزَوْجِها ارْتِجاعُها ، ولا يَحِلُّ لغيرِه نِكاحُها . قال أحمدُ : عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ مسعودٍ يقولون : قبلَ أن تَغْتَسِلَ من الحَيْضةِ الثالثة . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والثَّوْرِىِّ ، وإسحاقَ . ورُوِىَ ذلك عن أبى بكرٍ الصِّدِّيق ، وعثمانَ بن عَفَّان ، وأبى موسى ، وعُبادةَ ، وأبى الدَّرْداءِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . قال شَرِيكٌ : له الرَّجْعةُ وإن فَرَّطَتْ فى الغُسْلِ عِشْرِينَ سنةً . قال أبو بكرٍ : ورُوِىَ عن أبى عبدِ الله ، أنَّها فى عِدَّتِها ، (1 ولزَوْجِها رَجْعَتُها حتى يَمْضِىَ وقتُ الصلاةِ التى طَهُرَتْ فى وَقْتِها . وهذا قول الثَّوْرِىِّ . وبه قال أبو حنيفةَ 1) إذا انْقَطعَ الدَّمُ لدُونِ أكثرِ الحَيْضِ ، فإن انْقَطَع لأكْثَرِه ، انْقَضَتِ العِدَّةُ بانْقِطاعِه . ووَجْهُ اعتبارِ الغُسْلِ قولُ الأكابرِ[2] من الصَّحابةِ ، ولا مُخالِفَ لهم فى

(46) فى ا ، م : « فحروف » .

(1 – 1) سقط من : ب .

(2) فى ا ، ب : « الأكاثر » . وفى م : « الأكاثرين » .

عَصْرِهم ، فيكونُ إجْماعًا . ولأنَّها مَمْنُوعةٌ من الصلاةِ بحُكْمِ حَدَثِ الحَيْضِ ، فأشْبَهتِ الحائِضَ . والرِّواية الثانية ، أنَّ العِدَّةَ تَنْقَضِى بطُهْرِها من الحَيْضَةِ الثالثةِ ، وانْقِطاعِ دَمِها . اختاره أبو الخَطَّاب . وهو قولُ سعيدِ بن جُبَيْرٍ ، والأوْزاعىِّ ، والشافعىِّ فى القَدِيمِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوءٍ ﴾[3] . وقد كَمَلَتِ القُرُوءُ ، بدليلِ وُجُوبِ الغُسْلِ عليها ، ووُجوبِ الصَّلاةِ ، وفِعْلِ الصيامِ ، وصِحَّتِه منها ، ولأنَّه لم يَبْقَ حُكْمُ العِدَّةِ فى الميراثِ ، ووُقوعِ الطلاقِ بها ، واللِّعانِ ، والنَّفقةِ ، فكذلك فيما[4] نحن فيه . قال القاضى : إذا شَرَطْنا الغُسْلَ ، أفادَ عَدَمُه إباحةَ الرَّجْعةِ وتَحْرِيمَها على الأزواجِ ، فأمَّا سائرُ الأحكامِ ، فإنَّها تَنْقَطِعُ بانقطاعِ / دَمِها . ٨/١٣٠ظ

فصل : وإن قُلْنا : القُرُوءُ[5] الأطْهارُ . فطَلَّقَها وهى طاهِرٌ ، انْقَضَتْ عِدَّتُها برُؤْيةِ الدَّمِ من الحَيْضةِ الثالثةِ ، وإن طَلَّقَها حائضًا ، انْقَضَتْ عِدَّتها برُؤْيةِ الدَّمِ من الْحَيْضةِ الرَّابعةِ . وهذا قولُ زَيْدِ بن ثابتٍ ، وابنِ عمرَ ، وعائشةَ ، والقاسمِ بن محمدٍ ، وسالمِ بن عبدِ الله ، وأبانَ ابن عُثْمانَ ، ومالكٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وهو ظاهِرُ مذهبِ الشافعىِّ . وحُكِىَ عنه قولٌ آخَرُ ، لا تَنْقَضِى العِدّةُ حتى يَمْضِىَ من[6] الدمِ يومٌ وليلةٌ ؛ لجَوازِ أن يكونَ الدَّمُ دَمَ فَسادٍ ، فلا نَحْكُمُ بانْقِضاءِ العِدَّةِ حتى يزولَ الاحْتمالُ . وحَكَى القاضى هذا احتمالًا فى مَذْهَبِنا أيضًا . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى جَعَلَ العِدَّةَ ثلاثةَ قُرُوءٍ ، فالزِّيادةُ عليها مُخالفَةٌ للنَّصِّ ، فلا يُعَوَّلُ عليه ، ولأنَّه قولُ من سَمَّيْنا من الصحابةِ ، رواهُ الأثرمُ عنهم بإسنادِه ، ولَفْظُ حديثِ زيدِ بن ثابتٍ : إذا دَخَلَتْ فى الدَّمِ من الحَيْضةِ الثالثةِ ، فقد بَرِئَتْ منه ، وبَرِئَ منها ، ولا تَرِثُه ولا يَرِثُها[7] .

---

(٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٤) فى الأصل : « ما » .

(٥) فى ا : « الأقراء » .

(٦) فى م : « زمن » .

(٧) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٧٧/٢ . والإمام الشافعى . انظر : الباب الخامس فى العدة ، من كتاب الطلاق ، ترتيب المسند ٥٩/٢ .=

وقولُهم: إنَّ الدَّمَ (٨يجوزُ أن٨) يكونَ دَمَ فسادٍ . قُلْنا : قد حُكِمَ بكَونِه حَيْضًا فى تَرْكِ الصلاةِ ، وتَحْرِيمِها على الزَّوجِ ، وسائرِ أحْكامِ الحَيْضِ ، فكذلك فى انْقِضاءِ العِدَّةِ . ثم إن كان التَّوقُّفُ عن الحُكْمِ بانْقضاءِ العِدَّةِ للاحْتمالِ ، فإذا تَبيَّنَ أنَّه حيضٌ ، عَلِمْنا أنَّ العِدَّةَ قد انْقَضتْ حين رأتِ الدَّمَ ، كما لو قال لها : إن حِضْتِ فأنتِ طالِقٌ . واخْتَلَفَ[٩] القائلُون بهذا القولِ ، فمنهم مَن قال : اليومُ والليلةُ من العِدَّةِ ؛ لأنَّه دَمٌ تَكْمُلُ به العِدَّةُ ، فكان منها ، كالذى فى أثْناءِ الأطْهارِ . ومنهم مَنْ قال : ليس منها ، إنَّما يَتَبَيَّنُ به انْقِضاؤُها ، ولأنَّنا لو جَعَلْناه منها ، أوْجَبْنا الزِّيادةَ على ثلاثةِ قُروءٍ ، ولكنَّا نَمْنَعُها من النِّكاحِ حتى يَمْضِىَ يومٌ وليلةٌ ، ولو راجَعَها زَوْجُها فيها ، لم تَصِحَّ الرَّجْعةُ . وهذا أصَحُّ الوَجْهَين .

١٣٤١ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَتْ أَمَةً ، فَإذَا اغْتَسَلَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ)

أكثرُ أهلِ العلمِ يقولون : عِدَّةُ الأمَةِ بالقَرْءِ قَرْءَان . منهم ؛ عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عمرَ ، وسعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعَطاءٌ ، وعبدُ اللهِ بن عُتْبَةَ ، والقاسمُ ، وسالمٌ ، وزيدُ بن أسْلَمَ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وعن ابن سِيرِينَ ، عِدَّتُها عِدَّةُ الحُرَّةِ ، إلَّا أن تكونَ قد مَضَتْ بذلك سُنَّةٌ . وهو قولُ داودَ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ / يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[١] . ١٣١/٨و ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « قَرْءُ الأَمَةِ حَيْضَتَانِ »[٢] . وقد ذَكَرْناه ، وقولُ عمرَ وعلىٍّ وابنِ عمرَ ، ولم نَعْرِفْ لهم مُخالِفًا فى الصَّحابةِ ، فكان إجماعًا ، وهذا يَخُصُّ عُمومَ الآية . ولأنَّه مَعْنًى ذو عَدَدٍ ، بُنِىَ على التَّفاضُلِ ، فلا تُساوِى فيه الأَمَةُ الحُرَّةَ ، كالحَدِّ . وكان

والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى قوله عز وجل : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧/٤١٥ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) تقدم تخريجه ، فى : ١٠/٥٣٤ .

القياسُ يَقْتَضِى أن تَكونَ حيضةً ونِصْفًا ، كما كان حَدُّها على النِّصْف من حَدِّ الحُرّةِ ، إلَّا أنَّ الحَيْضَ لا يَتَبَعَّضُ ، فكَمَلَ حَيْضَتَيْنِ ، ولهذا قال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لو أَسْتَطِيعُ أن أَجْعَلَ العِدَّةَ حَيْضةً ونِصفًا لَفَعَلْتُ . فإذا تَقرَّرَ هذا ، فانْقِضاءُ عِدّتِها بالغُسْلِ من الحَيْضةِ الثانيةِ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ ، وفى الأُخْرَى ، بانقطاعِ الدَّمِ من الحَيْضةِ الثانية . وعلى الرِّوايةِ التى تقولُ : إن القُرُوءَ الأطْهارُ . فانْقِضاءُ عِدَّتِها برُؤْيةِ الدَّمِ من الحَيْضةِ الثانية .

١٣٤٢ – مسألة ؛ قال : (**وَإنْ كَانَتْ مِنَ الْآيِسَاتِ ، أوْ مِمَّنْ لَمْ يَحِضْنَ ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أشْهُرٍ**)

أجْمعَ أهلُ العلم على هذا ؛ لأنَّ اللهَ تعالى ذكَره فى كتابه بقولِهِ سبحانه : ﴿ وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾[١] . فإن كان الطلاقُ فى أوَّلِ الهِلالِ ، اعْتُبِرَ ثَلاثةُ أشْهُرٍ بالأَهِلَّةِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ﴾[٢] . وقال سُبْحانه : ﴿ إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ ٱلسَّمَـٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ مِنْهَآ أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ﴾[٣] . ولم يخْتلِف النَّاسُ فى أنَّ الأَشْهُرَ الحُرُمَ[٤] مُعْتَبرةٌ بالأَهِلَّةِ . وإن وَقَعَ الطَّلاقُ فى أثناءِ شَهْرٍ[٥] اعْتَدّتْ بَقِيَّتَه ، ثم اعْتَدَّتْ شَهْرَيْنِ بالأَهِلَّةِ ، ثم اعْتدَّتْ من الشَّهْرِ الثالثِ تمامَ ثلاثِينَ يومًا . وهذا مذهبُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ ، تَحْتَسِبُ بَقِيَّةَ الأوَّلِ ، وتَعْتَدُّ مِن الرَّابع بقَدْرِ ما فاتَها من الأوَّلِ ، تامًّا كان أو ناقِصًا ؛ لأنَّه لو كان من أوَّلِ الهِلَالِ ، كانت العِدَّةُ بالأَهِلَّةِ ، فإذا كان من بعضِ الشَّهْرِ ، وَجَبَ قَضاءُ ما فاتَ منه .

---

(١) سورة الطلاق ٤ .

(٢) سورة البقرة ١٨٩ .

(٣) سورة التوبة ٣٦ .

(٤) فى م : « الحرام » .

(٥) فى م : « الشهر » .

وخَرَّجَ أصْحابُنا وَجْهًا ثانيا ؛ أنَّ جميعَ الشُّهورِ مَحْسُوبةٌ بالعددِ . وهو قولُ ابنِ بنتِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه إذا حُسِبَ الأوَّلُ بالعَدَدِ ، كان ابْتداءُ الثانى من بعضِ الشَّهْرِ ، فيجبُ أن يُحْسَبَ بالعَدَدِ ، وكذلك الثالثُ . ولَنا ، أنَّ الشَّهْرَ يَقَعُ على ما بين / الهِلَالَيْنِ وعلى الثلاثينَ ، ولذلك إذا غُمَّ الشَّهْرُ كُمِّلَ ثلاثِينَ ، والأصْلُ الهِلالُ ، فإذا أمْكَنَ اعْتِبارُ الهِلَالِ ، اعْتُبِرَ[6] ، وإذا تَعذَّرَ ، رُجِعَ[7] إلى العَدَدِ . وفى هذا انْفِصالٌ عمَّا ذُكِرَ لأبى حنيفةَ . وأمَّا التَّخْرِيجُ الذى ذكَرْناه ، فإنَّه لا يَلْزَمُ إتْمامُ الشَّهْرِ الأوَّلِ من الثانى ، ويجوزُ أن يكونَ تَمامُه من الرَّابعِ .

١٣١/٨ظ

فصل : وتُحْسَبُ[8] العِدَّةُ من السَّاعةِ التى فارَقَها زَوْجُها فيها ، فلو فارَقَها نِصْفَ اللَّيلِ ، أو نِصفَ النَّهارِ ، اعْتَدَّتْ من ذلك الوَقْتِ إلى مِثْلِه . فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامدٍ : لا تَحْتَسِبُ بالسَّاعاتِ ، وإنَّما تَحْتَسِبُ بأوَّلِ الليلِ والنهارِ ، فإذا طَلَّقها نهارًا ، احْتَسَبَتْ[9] من أوَّلِ اللَّيلِ الذى يَلِيه ، وإن[10] طَلَّقها ليلًا ، احتسبتْ بأوَّلِ النهارِ الذى يَلِيه . وهذا قولُ مالكٍ ؛ لأنَّ حِسابَ السَّاعاتِ يَشُقُّ ، فسَقَطَ اعْتِبارُه . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ . فلا تجوزُ الزِّيادةُ عليها بغيرِ دليلٍ ، وحِسابُ السَّاعاتِ مُمْكِنٌ ، إمَّا يَقينًا ، وإمَّا اسْتِظْهارًا ، فلا وَجْهَ للزِّيادةِ على ما أوْجَبَهُ اللهُ تعالى .

١٣٤٣ - مسألة ؛ قال : (**والأَمَةُ شَهْرانِ**)

اخْتلفتِ الرِّوايَاتُ[1] عن أبى عبدِ اللهِ فى عِدَّةِ الأمةِ ، فأكْثَرُ الرِّواياتِ عنه ، أنَّها

---

(٦) فى ا ، م : « اعتبروا » .

(٧) فى م : « رجعوا » .

(٨) فى م : « وتجب » .

(٩) فى الأصل : « احتسب » .

(١٠) فى ب : « وإذا » .

(١) فى الأصل ، ب : « الرواية » .

شَهْرانِ . رَوَاه عنه جَماعةٌ من أصْحابه ، واحْتَجَّ فيه بقولِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : عِدّةُ أُمِّ الوَلِدِ حَيْضَتانِ ، ولو لم تَحِضْ كان عِدَّتُها شَهْرَيْنِ . رواه الأَثْرَمُ عنه بإسْنادِه[٢] . وهذا قولُ عَطاءٍ ، والزُّهْرِيِّ ، وإسحاقَ ، وأَحَدُ أقْوالِ[٣] الشافعىِّ ؛ لأَنَّ الأَشْهُرَ بَدَلٌ من القُرُوءِ ، وعِدَّةُ ذاتِ القُرُوءِ قُرْءان ، فبَدَلُهما شَهْرانِ ، ولأَنَّها مُعْتَدَّةٌ بالشُّهُورِ عن غيرِ الوَفاةِ ، فكان عَدَدُها كعَدَدِ القُروءِ ، لو كانت ذاتَ قُروءٍ[٤] ، كالحُرَّةِ . والرِّوايةُ الثانية ، أنَّ عِدّتَها شَهْرٌ ونِصْفٌ . نَقَلَها المَيْمُونِىُّ ، والأثرمُ ، واختارَها أبو بكرٍ . وهذا قولُ علىٍّ[٥] رضِىَ اللهُ عنه . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ[٥] ، وابنِ المُسَيَّبِ ، وسالِمٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وهو قولٌ ثانٍ للشافعىِّ ؛ لأَنَّ عِدَّةَ الأَمَةِ نِصْفُ عِدَّةِ الحُرَّةِ ، وعِدَّةُ الحُرَّةِ ثلاثةُ أشْهُرٍ ، فنِصْفُها شَهْرٌ ونِصْفٌ ، وإنَّما كَمَّلْنا لذاتِ الحَيْضِ حَيْضَتَيْنِ ، لتَعَذُّرِ تَبْعيضِ الحَيْضَةِ ، فإذا / صِرْنا إلى الشُّهُورِ ، أمْكَنَ التَّنْصيفُ ، فوَجَبَ المَصِيرُ إليه ، كما فى عِدَّةِ الوَفاةِ ، ويَصِيرُ هذا كالمُحْرِمِ ، إذا وَجَبَ عليه فى جَزاءِ الصَّيْدِ نِصْفُ مُدٍّ ، أجْزَأه إخْراجُه ، فإنْ أراد الصِّيامَ مَكانَه ، صامَ يومًا كاملًا . ولأنَّها عِدَّةٌ أمْكَنَ تَنْصِيفُها ، فكانتْ على النِّصْفِ من عِدَّةِ الحُرَّةِ ،[٦] كعِدَّةِ الوَفاةِ ، ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ بالشُّهُورِ ، فكانت على النِّصْفِ من عِدَّةِ الحُرَّةِ[٦] كالمُتَوَفَّى عنها زَوْجُها[٧] . والرِّوايةُ الثالثةُ ، أنَّ عِدَّتَها ثلاثةُ أشْهُرٍ . ورُوِىَ ذلك عن الحسنِ ، ومُجاهِدٍ ، وعمرَ بن عبدِ العزيزِ ، والنَّخَعِىِّ ، ويحيى الأنصارىِّ ، ورَبِيعةَ ، ومالكٍ ، وهو القولُ الثالثُ للشافعىِّ ؛ لعُمُومِ قوله تعالى : ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾[٨] . ولأنَّه اسْتِبْراءٌ

١٣٢/٨ و

(٢) وأخرجه البيهقى ، فى : باب عدة الأمة ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٢٥/٧ .

(٣) فى ا ، م : « قولى » .

(٤) فى ا ، ب ، م : « قرء » .

(٥) أخرجهما ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا : كم عدة الأمة إذا طلقت ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٦٦/٥ ، ١٦٧ .

(٦ - ٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سورة الطلاق ٤ .

للأَمَةِ الآيِسَةِ بالشُّهُورِ ، فكان ثلاثةَ أشْهُرٍ ، كاسْتِبْراءِ الأَمَةِ إذا مَلَكَها ، أو مات سَيِّدُها ، ولأَنَّ اعْتبارَ الشُّهُورِ هٰهُنا للعِلْمِ ببَراءةِ رَحِمِهَا[٩] ، ولا يَحْصُلُ هذا بدونِ ثَلاثةِ أشْهُرٍ فى الحُرَّةِ والأَمَةِ جميعًا ؛ لأَنَّ الحَملَ يكونُ نُطْفَةً أرْبَعِينَ يوما ، [١٠]وعَلَقةً أربعينَ يوما[١٠] ، ثم يَصِيرُ مُضْغَةً ، ثم يتَحَرَّكُ ، ويَعْلُو بَطْنُ المرأةِ ، فيَظْهَرُ الحَمْلُ ، وهذا مَعْنًى لا يخْتلِفُ بالرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، ولذلك كان اسْتِبْراءُ الأَمَةِ فى حَقِّ سَيِّدِها ثلاثةَ أشْهُرٍ . ومَنْ رَدَّ هذه الرِّواية قال : هى مخالفةٌ لإِجْماعِ الصَّحابةِ ؛ لأَنَّهم اخْتَلَفُوا على القَوْلَيْنِ الأَوَّلَيْنِ ، ومتى اخْتَلَفَ الصحابةُ على قَوْلَيْنِ، لم يَجُزْ إحداثُ قولٍ ثالثٍ ؛ لأَنَّه يُفْضِى إلى تَخْطِئَتِهِم ، وخُروجِ الحَقِّ عن قولِ جَميعِهم ، ولا يجوزُ ذلك ، ولأَنَّها مُعْتَدَّةٌ لغير الحَمْلِ[١١] ، فكانتْ دون عِدَّةِ الحُرَّةِ ، كذاتِ القُرُوءِ[١٢] المُتَوَفَّى عنها زَوْجُها .

فصل : واخْتَلفَ[١٣] عن أحمدَ فى السِّنِّ الذى تَصِيرُ به المرأةُ من الآيِسَاتِ ، فعنه : أوَّلُه خَمْسُونَ سنةً ؛ لأَنَّ عائشةَ قالتْ : لن تَرَى المرأةُ فى بَطْنِها ولدًا بعدَ خمسينَ سنةً . وعنه : إن كانت من نِسَاءِ العَجَمِ فخَمْسُونَ ، وإن كانت من نساءِ العَرَبِ فسِتُّونَ ؛ لأَنَّهُنَّ أقْوَى طَبِيعةً . وقد ذكر الزُّبَيْرُ بن بكارٍ ، فى كتابِ « النَّسَبِ » ، أنَّ هِندًا بنتَ أبى عُبَيْدةَ ابن عبد الله بن زَمْعةَ[١٤] ، ولَدَتْ مُوسَى بنَ عبدِ الله بن حسنِ بن حسنِ[١٥] بن علىِّ بن أبى طالبٍ ولها سِتُّونَ سنةً . وقال : يقالُ : إنَّه لن تَلِدَ بعدَ خمسينَ سنة إلَّا عَرَبِيَّةٌ ، ولا تَلِد

---

(٩) فى م : « الرحم » .

(١٠ - ١٠) سقط من : ا .

(١١) فى ا ، ب ، م : « الحل » .

(١٢) فى م : « القرء » .

(١٣) أى النقلُ .

(١٤) فى ب : « ربيعة » . وتقدم فى : ١/٤٤٦ .

(١٥) فى ب : « حسين » . ويصحح ما تقدم فى : ١/٤٤٦ إلى « موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن » . وانظر المسألة فى : مقاتل الطالبيين ٣٩٠ ، زهر الآداب ١/٨٩ . ولم ترد فى نسب قريش لمصعب الذى بين أيدينا ، وورد نسبه فيه . انظر ٤٩٥ - ٥٠٦ .

لستِّين إلَّا قُرَشِيَّةً . وللشافعيِّ قَوْلان ؛ أحدهما ، يُعْتَبرُ السِّنُّ الذى يُتَيقَّنُ أنَّها[١٦] إذا بَلَغَتْه لم تَحِضْ . قال بعضُهم : /هو اثنانِ وسِتُّونَ سنةً . والثانى ، يُعْتَبَرُ السِّنُّ الذى يَيْأَسُ فيه نِساءُ عَشِيرَتِها ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ نَشْأَها كَنَشْئِهِنَّ ، وطَبْعَها كطَبْعِهِنّ . والصحيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى ، أنَّه متى[١٧] بلَغتِ المرأةُ خمسينَ سنةً ، فانْقَطَعَ حَيْضُها عن عادَتِها مَرَّاتٍ لغيرِ سببٍ ، فقد صارت آيِسَةً ؛ لأنَّ وُجودَ الحَيْضِ فى حَقِّ هذه نادِرٌ ، بدليلِ قولِ عائشةَ ، وقِلَّةِ وُجودِه ، فإذا انْضَمَّ إلى هذا انْقِطاعُه عن العاداتِ مَرَّاتٍ ، حَصَلَ اليَأْسُ من وُجُودِه ، فلها حينئذٍ أن تَعْتَدَّ بالأَشْهُرِ ، وإن انْقَطَعَ قبلَ ذلك ، فحُكْمُها حكمُ مَن ارْتَفَعَ حَيْضُها لا تَدْرِى ما رَفَعه . على ما سنَذْكُرُه ، إن شاء اللهُ تعالى . وإن رأتِ الدَّمَ بعدَ الخمسينَ ، على العادةِ التى كانت تَراه فيها ، فهو حَيْضٌ ، فى الصَّحِيح ؛ لأنَّ دليلَ الحَيْضِ الوُجودُ فى زَمَنِ الإمْكانِ ، وهذا يُمْكِنُ وُجودُ الحَيْضِ فيه ، وإن كان نادِرًا . وإن رأَتْه بعدَ السِّتِّين ، فقد تُيُقِّنَ أنَّه ليس بحَيْضٍ ؛ [١٨]لأنه لم يُوجَدْ ذلك . قال الْخِرَقِىُّ : وإذا رأَتْه بعدَ السِّتِّينَ ، فقد تُيُقِّنَ أنَّه ليس بحيضٍ[١٨] . فعندَ ذلك لا تَعْتَدُّ به ، وتَعْتَدُّ بالأَشْهُرِ ، كالتى لا تَرَى دَمًا .

فصل : وأقَلُّ سِنٍّ تَحِيضُ فيه المرأةُ تِسْعُ سِنِينَ ؛ لأنَّ المَرْجِعَ فيه إلى الوُجُودِ ، وقد وُجِدَ مَنْ تَحِيضُ لتِسْعٍ . وقد رُوِىَ عن الشافعىِّ ، أنَّه قال : رأيتُ جَدَّةً لها إحْدَى وعِشْرُونَ سنةً[١٩] . فهذه إذا أسْقَطْتَ من عُمْرِها مُدَّةَ الحَمْلَيْنِ فى الغالبِ عامًا ونِصْفًا ، وقَسَمْتَ الباقِى بينها وبين ابْنَتِها ، كانت كلُّ واحدةٍ منهما قد حَمَلَتْ لدُونِ عَشْرِ سِنِينَ . فإن رأَتْ دَمًا قبلَ ذلك ، فليس بحَيْضٍ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ مثلُها مُتَكَرِّرًا ، والمُعْتَبَرُ من ذلك ما تَكَرَّرَ ثلاثَ مَرَّاتٍ فى حالِ الصِّحَّةِ ، ولم يُوجَدْ ذلك ، فلا يُعْتَدُّ به .

---

(١٦) فى ا ، ب ، م : « أنه » .

(١٧) فى الأصل : « إذا » .

(١٨ – ١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) تقدم فى : ٤٤٧/١ . وقد ذكره البيهقى ، بإسناده عن الشافعى ، فى : باب السن التى وجدت المرأة حاضت فيها ، من كتاب الحيض . السنن الكبرى ٣١٩/١ ، ٣٢٠ .

فصل : فإن بلَغَتْ سِنًّا تَحِيضُ فيه النِّساءُ فى الغالِبِ ، فلم تَحِضْ ، كخَمْسَ عشرةَ سنةً ، فعِدَّتُها ثلاثةُ أشْهُرٍ ، فى ظاهرِ قولِ الخِرَقِىِّ ، (20) وهو قولُ (20) أبى بكرٍ . (21) وهو مذهبُ (21) أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ . وضَعّفَ أبو بكرٍ الرِّوايةَ المُخالفةَ لهذا ، وقال : رَوَاها أبو طالبٍ ، فخالَفَ[22] فيها أصحابَه ، وذلك ما رَوَى أبو طالبٍ ، عن أحمدَ ، أنَّها تَعْتَدُّ سنةً . قال / القاضى : هذه الرِّوايةُ أصَحُّ ؛ لأنَّه متى أتَى عليها زمانُ الحَيْضِ فلم تَحِضْ ، صارتْ[23] مُرْتابةً ، يجوزُ أن يكونَ بها حَمْلٌ مَنَعَ حَيْضَها ، فيجبُ أن تَعْتَدَّ بسَنةٍ ، كالتى ارْتَفَعَ حَيْضُها بعدَ وُجُودِه . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾[24] (25) وهذه من اللَّائى لم يَحِضْنَ (25) ، ولأنَّ الاعْتبارَ بحالِ المُعْتَدَّةِ ، لا بحالِ غيرِها ، ولهذا لو حاضَتْ قبلَ بُلُوغِ سِنٍّ يَحِيضُ لمِثْلِه النِّساءُ فى الغالبِ ، مثل أن تَحِيضَ ولها عَشْرُ سِنِينَ ، اعْتَدّتْ بالحِيَضِ ، وفارَقَ مَن ارْتَفَعَ حَيْضُها (26) ولا تَدْرِى ما رَفَعه (26) ؛ فإنَّها من ذَوَاتِ القُرُوءِ[27] ، وهذه لم تكنْ مِنْهُنَّ .

١٣٣/٨ و

١٣٤٤ – مسألة ؛ قال : (وإذَا طَلَّقَها طَلَاقًا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ ، وَهِىَ أَمَةٌ ، فَلَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا حَتَّى أُعْتِقَتْ[1] ، بَنَتْ عَلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ . وإنْ طَلَّقَهَا طَلَاقًا لا يَمْلِكُ فِيه الرَّجْعَةَ[2] ، فأُعْتِقَتْ ، اعْتَدّتْ عِدَّةَ أَمَةٍ)

(20 – 20) فى ا ، ب : « وقول » .

(21 – 21) فى ب : « ومذهب » .

(22) فى ا ، م : « فخالص » .

(23) فى الأصل ، ب : « حصلت » .

(24) سورة الطلاق 4 .

(25 – 25) سقط من : الأصل .

(26 – 26) سقط من : ب .

(27) فى ا : « الأقراء » .

(1) فى ب : « أعتقها » .

(2) فى ا ، م : « رجعة » .

هذا قولُ الحسنِ ، والشَّعْبىِّ ، والضَّحَّاكِ ، وإسحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وهو[3] أحَدُ أقْوالِ الشافعىِّ . والقولُ الثانى ، تُكْمِلُ عِدَّةَ أمَةٍ ، سَواءٌ كانتْ بائِنًا أو رَجْعِيَّةً . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ طَرَأَتْ بعدَ وُجُوبِ العِدَّةِ عليها ، فلا يُعْتَبَرُ حُكْمُها ، كما لو كانت بائنًا . أو كما لو طَرَأَتْ بعدَ وُجُوبِ الاسْتِبْراءِ ، ولأنَّه مَعْنًى يخْتلِفُ بالرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، فكان الاعْتبارُ بحالةِ الوُجُوبِ ، كالحَدِّ . وقال عَطاءٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ : تَبْنِى على عِدَّةِ حُرَّةٍ بكلِّ حالٍ . وهو القولُ الثالثُ للشافعىِّ ؛ لأنَّ سَبَبَ العِدَّةِ الكامِلَةِ إذا وُجِدَ فى أثناءِ العِدَّةِ ، انْتَقَلَتْ إليها وإن كانت بائِنًا ، كما لو اعْتَدَّتْ بالشُّهُورِ ثم رأتِ الدَّمَ . ولَنا ، أنَّها إذا أُعْتِقَتْ[4] وهى رَجْعِيَّةٌ ، فقد وُجِدَتِ الحُرِّيَّةُ ، وهى زَوْجةٌ تَعْتَدُّ عِدَّةَ الوَفاةِ لو مات ، فوَجَبَ أن تَعْتَدَّ عِدَّةَ الحرائرِ ، كما لو أُعْتِقَتْ قبلَ الطَّلاقِ . وإن أعتقتْ وهى بائنٌ ، فلم تُوجَد الحُرِّيَّةُ فى الزَّوْجيَّةِ ، فلم تَجِبْ عليها عِدَّةُ الحرائرِ ، كما لو أُعْتِقَتْ بعدَ مُضِىِّ القُرْءَيْنِ . ولأنَّ[5] الرَّجْعِيَّةَ تَنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الوَفاةِ لو مات ، فتَنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الحرائرِ ، والبائنُ لا تنتقِلُ إلى عِدَّةِ الوفاةِ ، فلا تنْتقِلُ إلى عِدَّةِ الحرائرِ ، كما لو انْقَضَتْ عِدَّتُها . وما ذكَرْناه لمالكٍ يَبْطُلُ بما إذا مات زَوْجُ الرَّجْعِيَّةِ ، فإنَّها تنْتقِلُ إلى عِدَّةِ / الوفاةِ ، والفَرْقُ بينَ ما نحنُ فيه وبينَ ما إذا حاضَتِ الصغيرةُ ، أنَّ الشُّهُورَ بَدَلٌ عن الحَيْضِ ، فإذا وُجِدَ المُبْدَلُ ، زال حُكْمُ البَدَلِ ، كالمُتَيَمِّمِ يجدُ الماءَ ، وليس كذلك هٰهُنا ، فإن عِدَّةَ الأمَةِ ليست ببَدَلٍ ، ولذلك تَبْنِى الأمَةُ على ما مَضَى من عِدَّتِها اتِّفاقًا ، وإذا حاضتِ الصغيرةُ اسْتأنَفتِ العِدَّةَ فافْتَرقَا[6] ، وتخالِفُ الاسْتِبْراءَ ؛ فإنَّ الحُرِّيَّةَ لو قارنتْ سَبَبَ وُجُوبِه ، لم تكمُلْ ، ألا تَرَى أنَّ أُمَّ الولدِ إذا مات سَيِّدُها عَتَقَتْ[7] لمَوْتِه ، ووَجَبَ الاسْتِبْراءُ ، كما يجبُ على التى لم تَعْتِقْ ، ولأنَّ الاسْتِبْراءَ لا يَخْتَلِفُ بالرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، بخِلافِ مسألَتِنا .

٨/١٣٣ ظ

---

(٣) فى م : « وهذا » .

(٤) فى الأصل ، ب ، م : « عتقت » .

(٥) فى م زيادة : « عدة » .

(٦) فى ا ، م : « فافترق » .

(٧) فى ا : « فأعتقت » .

فصل : إذا عَتَقَتِ الأمَةُ تَحْتَ العَبْدِ ، فاخْتارَتْ نَفْسَها ، اعْتَدّتْ عِدَّةَ الحُرَّةِ ؛ لأنَّها بانَتْ من زَوْجِها وهى حُرَّةٌ . وقد رَوَى الحسنُ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ ، أمَرَ بَرِيرةَ أن تَعْتَدَّ عِدَّةَ الحُرَّةِ[8] . وإن طَلَّقَها العَبْدُ طَلاقًا رَجْعِيًّا ، فأعْتَقَها سَيِّدُها ، بَنَتْ على عِدَّةِ الحُرَّةِ ، سَواءٌ فَسَخَتْ ، أو أقامَتْ على النكاحِ ؛ لأنَّها عَتَقَتْ فى عِدَّةٍ رَجْعِيَّةٍ . وإن لم تَفْسَخْ ، فَراجَعَها فى عِدَّتِها ، فلها الخيارُ بعدَ رَجْعَتِها ، [9]فإن اخْتارتِ الفَسْخَ قبلَ المَسِيسِ ، فهل تَسْتَأْنِفُ العِدَّةَ ، أم تَبْنِى على ما مَضَى من عِدَّتِها ؟ . على وَجْهَيْنِ[9] . فإن قُلْنا : تَسْتَأْنِفُ . فإنَّها تستأنفُ عِدَّةَ حُرَّةٍ . وإن قُلْنا : تَبْنِى . بَنَتْ على عِدَّةِ حُرَّةٍ .

١٣٤٥ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا طَلَّقَهَا وَهِىَ مِمَّنْ قَدْ حَاضَتْ ، فارْتَفَعَ حَيْضُهَا ، لَا تَدْرِى مَا رَفَعَهُ ، اعْتَدَّتْ سَنَةً**)

وجملةُ ذلك ، أنَّ الرجلَ إذا طَلَّقَ امرأتَه ، وهى من ذواتِ الأقْراءِ ، فلم تَرَ الحَيْضَ فى عادَتِها ، ولم تَدْرِ ما رَفَعه ، فإنَّها تَعْتدُّ سنةً ؛ تِسْعةَ أشْهُرٍ منها تتَرَبَّصُ فيها لتَعْلَمَ بَراءةَ رَحِمِها ؛ لأنَّ هذه المُدَّةَ هى غالبُ مُدَّةِ الحَمْلِ ، فإذا لم يَبِنِ الْحَمْلُ[1] فيها ، عُلِمَ بَراءةُ الرَّحِمِ ظاهِرًا ، فتَعْتَدُّ بعدَ ذلك عِدَّةَ الآيِسَاتِ ، ثلاثةَ أشْهُرٍ . هذا قولُ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه . قال الشافعىُّ : هذا قضاءُ عمرَ بينَ المُهاجِرِينَ والأنْصارِ ، لا يُنْكِرُه منهم مُنْكِرٌ عَلِمْناهُ . وبه قال مالكٌ، والشافعىُّ فى أحدِ قَوْلَيْه . ورُوِىَ ذلك عن الحسنِ . وقال الشافعىُّ ، فى قولٍ آخرَ : تَتَرَبَّصُ أرْبَعَ سِنِينَ ، أكثرَ مُدَّةِ الحملِ ، ثم تَعْتَدُّ بثلاثةِ أشْهُرٍ ؛ لأنَّ هذه المُدَّةَ هى التى يُتَيَقَّنُ بها بَراءةُ رَحِمِها، فوَجَبَ اعْتبارُها احْتِياطًا. وقال فى الجديدِ: تكونُ فى عِدَّةٍ أبدًا، حتى تَحِيضَ، أو تَبْلُغَ سِنَّ الإيَاسِ، تَعْتَدُّ حينَئِذٍ بثلاثةِ أشْهُرٍ . وهذا قولُ / جابرِ بن زيدٍ ، وعَطاءٍ ، وطاوسٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، ١٣٤/٨و

---

(٨) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/٣٦١ . وانظر ما تقدم فى : ١٠/٦٩ ، ٧٠ .

(٩ – ٩) سقط من : ب .

(١) سقط من : الأصل .

والزُّهْرِىِّ ، وأبى الزِّنادِ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأهلِ العِرَاقِ ؛ لأنَّ الاعْتِدادَ بالأشْهُرِ جُعِلَ بعدَ الإياسِ ، فلم يَجُزْ قبلَه ، وهذه ليستْ آيِسةً ، ولأنَّها تَرْجُو عَوْدَ الدَّمِ ، فلم تَعْتَدَّ بالشُّهورِ ، كما لو تباعَدَ حَيْضُها لعارِضٍ . ولَنا ، الإجماعُ الذى حَكاه الشافعىُّ ، ولأنَّ الغَرَضَ بالاعْتِدادِ معرفةُ بَراءةِ رَحِمِها ، وهذا تَحْصُلُ به بَراءةُ رَحِمِها ، فاكْتُفِىَ به ، ولهذا اكْتُفِىَ فى حَقِّ ذات القَرْءِ بثلاثةِ قُرُوءٍ ، وفى حقِّ الآيسةِ بثلاثةِ أشْهُرٍ ، ولو رُوعِىَ اليقينُ ، لاعْتُبِرَ أقْصَى مُدَّةِ الحَمْلِ ، ولأنَّ عليها فى تَطْوِيلِ العِدّةِ ضَرَرًا ، فإنَّها تُمْنَعُ من الأزْواجِ ، وتُحْبَسُ دائمًا ، ويَتضَرَّرُ الزَّوْجُ بإيجابِ السُّكْنَى والنَّفَقةِ عليه . وقد قال ابن عبَّاسٍ : لا تُطَوِّلُوا عليها الشُّقَّةَ ، كَفَاها تِسْعةُ أشْهُرٍ . فإن قيل : فإذا مَضَتْ تسعةُ أشهرٍ ، فقد عُلِمَ بَراءةُ رَحِمِها ظاهرًا ، فلم اعْتَبَرْتُم ثلاثةَ أشْهُرٍ بعدَها ؟ قُلْنا : الاعْتِدادُ بالقُرُوءِ والأشْهُرِ إنَّما يكونُ عند عَدَمِ الحَمْلِ ، وقد تَجِبُ العِدّةُ مع العِلْمِ ببَراءةِ الرَّحِمِ ، بدليلِ ما لو عَلَّقَ طلاقَها بوَضْعِ الحَمْلِ ، فوَضَعَتْه ، وَقَعَ الطَّلاقُ ، ولَزِمَتْها العِدَّةُ .

فصل : فإنْ عاد الحيضُ إليها فى السَّنةِ ، ولو فى آخِرِها ، لَزِمَها الانْتِقالُ إلى القُرُوءِ ؛ لأنَّها الأصلُ ، فبَطَلَ بها حكمُ البَدَلِ . وإن عادَ بعدَ مُضِيِّها ونِكاحِها ، لم تَعُدْ إلى القُرُوءِ ؛ لأنَّ عِدَّتَها انْقَضَتْ ، وحَكَمْنا بصِحَّةِ نِكاحِها ، فلم تَبْطُلْ ، كما لو اعْتَدَّتْ الصَّغيرةُ بثلاثةِ أشْهُرٍ ، وتزوَّجَتْ ، ثم حاضَتْ . وإن حاضتْ بعدَ السَّنَةِ ، وقبلَ نِكاحِها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا تَعُودُ ؛ لأنَّ العِدَّةَ انْقَضتْ بالشُّهورِ ، فلم تَعُدْ ، كالصَّغيرةِ . والثانى ، تعودُ ؛ لأنَّها[2] من ذَواتِ القُرُوءِ ، وقد قَدَرَتْ على المُبْدَلِ قبلَ تَعَلُّقِ حَقِّ زَوْجٍ بها ، فلَزِمَها العَوْدُ ، كما لو حاضَتْ فى السَّنَةِ .

١٣٤٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَتْ أَمَةً ، اعْتَدَّتْ بِأَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا ، تِسْعَةُ أشْهُرٍ لِلْحَمْلِ ، وشَهْرَانِ لِلْعِدَّةِ)

---

(٢) سقط من : ب .

هذه المسألةُ مَبْنِيَّةٌ على أصْلَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ الحُرَّةَ تَعْتَدُّ بسَنَةٍ ، إذا ارْتَفَعَ حَيْضُها لا تَدْرِى ما رَفَعه . الثانى ، أنَّ عِدَّةَ الأَمَةِ الآيِسَةِ شَهْران ، فتَتَربَّصُ تسعةَ أشْهُرٍ ؛ لأنَّ مُدَّةَ الحَمْلِ تَتَساوَى فيها الحُرَّةُ والأَمَةُ ، لكَوْنِه أمْرًا حقيقيًّا ، فإذا يَئِسَتْ من الحملِ ، اعْتَدَّتْ عِدَّةَ[1] الآيِسَةِ شَهْرَيْنِ . وعلى الرِّوايةِ التى جَعَلَ عِدَّتَها شهرًا ونصفًا ، تكونُ عِدَّتُها / عَشَرَةَ أشْهُرٍ ونِصْفًا . ومن جَعَلَها ثلاثةَ أشْهُرٍ ، فعِدَّتُها سَنَةٌ كالحُرَّةِ ، سَوَاءً[2] . ١٣٤/٨ظ

١٣٤٧ – مسألة ؛ قال : (**وإن عَرَفَتْ ما رَفَعَ الْحَيْضَ ، كَانَتْ فى عِدَّةٍ حَتَّى يَعُودَ الْحَيْضُ ، فتَعْتَدَّ بِهِ ، إلَّا أنْ تَصِيرَ مِنَ الآيِسَاتِ ، فتَعْتَدَّ بِثَلَاثَةِ أشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ تَصِيرُ فى عِدَادِ الْآيِسَاتِ**)

أمَّا إذا عَرَفَتْ أنَّ[1] ارْتفاعَ الحَيْضِ بعارِضٍ[2] ؛ من مَرَضٍ ، أو نِفاسٍ ، أو رَضاعٍ ، فإنَّها تَنْتَظِرُ زوالَ العارِضِ ، وعَوْدَ الدَّمِ وإن طالَ ، إلَّا أن تَصِيرَ فى سِنِّ الإياسِ[3] ، وقد ذكرناه . [4]فتَعْتَدُّ حِينَئِذٍ[4] عِدَّةَ الآيِسَاتِ . وقد رَوَى الشافعىُّ ، فى « مُسْنَدِه »[5] بإسْنادِه عن حَبَّان بن مُنْقِذٍ ، أنَّه طَلَّقَ امرأتَه طلقةً واحدةً ، وكانت[6] لها منه بُنَيَّةٌ تُرْضِعُها ، فتباعَدَ حَيْضُها ، ومَرِضَ حَبَّانُ ، فقيل له : إنَّك إن مِتَّ وَرِثَتْكَ . فمَضَى إلى عثمانَ ، وعندَه علىٌّ وزيدُ بن ثابتٍ ، فسأَلَه عن ذلك ، فقال عثمانُ لعلىٍّ

---

(١) فى ب ، م : « مدة » .
(٢) سقط من : م .
(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى ب : « لعارض » .
(٣) فى ب ، م : « اليأس » .
(٤ – ٤) فى م : « فعند ذلك تعتد » .
(٥) انظر : الباب الخامس فى العدة ، من كتاب الطلاق ، من ترتيب المسند ٥٨/٢ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب عدة من تباعد حيضها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤١٩/٧ . وعبد الرزاق ، فى : باب تعتد أقراءها ، ما كانت ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٤٠/٦ ، ٣٤١ .
(٦) فى الأصل ، ا : « وكان » .

وزيد : ما تَرَيان ؟ فقالا : نَرى أنَّها إن ماتَتْ وَرِثَها ، وإن ماتَ وَرِثَتْه ؛ لأنَّها ليستْ من الْقَواعِدِ اللَّائِى [٧]يَئِسْنَ من المَحِيضِ ، ولا من الأَبْكارِ اللَّائِى[٧] لم يَبْلُغْنَ الْمَحِيضَ . فرَجَعَ حَبَّانُ إلى أهلِه ، فانْتَزَعَ البِنْتَ منها ، فعادَ إليها الْحَيْضُ ، فحاضَتْ حَيْضَتَيْنِ ، وماتَ حَبَّانُ قبلَ انْقِضاءِ الثالثةِ ، فورَّثَها عثمانُ ، رَضِىَ اللهُ عنه . ورَوَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه عن محمدِ بن يَحْيى بن حَبَّان ، أنَّه كانتْ عندَ جَدِّه امْرأتان ؛ هاشِمِيَّةٌ ، وأنْصارِيَّةٌ ، فطَلَّقَ الأنْصارِيَّةَ وهى مُرْضِعٌ ، فمَرَّتْ بها سَنَةٌ ، ثم هَلَكَ ولم تَحِض ، فقالت الأنْصَارِيَّةُ : لم أَحِضْ . فاخْتَصَمُوا إلى عثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فقَضَى لها بالميراثِ ، فلامَتِ الهاشِمِيَّةُ عثمانَ ، فقال : هذا عَمَلُ ابنِ عَمِّكِ ، هو أشارَ علينا بهذا . يَعْنِى علىَّ ابن أبى طالبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه[٨] .

١٣٤٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ حَاضَتْ حَيْضَةً أوْ حَيْضَتَيْنِ ، ثُمَّ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَدْرِى مَا رَفَعَهُ ، لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا إلَّا[١] بعْدَ سَنَةٍ [٢]مِنْ وَقْتِ[٢] انْقِطَاعِ الْحَيْضِ)

وذلك لما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال ، فى رَجُلٍ طَلَّقَ امرأتَه فحاضتْ حَيْضةً أو حَيْضَتَيْنِ ، فارْتَفَعَ حَيْضُها ، لا تَدْرِى ما رَفَعَه : تَجْلِسُ تِسْعةَ أشْهُرٍ ، فإذَا[٣] لم

(٧ – ٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب طلاق المريض ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٧٢ . والبيهقى ، فى : باب عدة من تباعد حيضها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧/٤١٩ . والإمام الشافعى ، انظر : الباب الخامس فى العدة ، من كتاب الطلاق ، من ترتيب المسند ٢/٥٨ ، ٥٩ . وعبد الرزاق ، فى : باب تعتد أقراءها ما كانت ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦/٣٤١ ، ٣٤٢ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تطلق تطليقة أو تطليقتين ، من كتاب الطلاق . السنن ١/٣٠٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الرجل يطلق امرأته فترتفع حيضتها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/٢١٠ ، ٢١١ .

(١) فى الأصل زيادة : « من » .

(٢ – ٢) فى ب ، م : « بعد » .

(٣) فى الأصل : « فإن » .

يَسْتَبِنْ بها حَمْلٌ ، تَعْتَدُّ بثلاثةِ[4] أشْهُرٍ[5] ، فذلك سَنَةٌ . ولا نَعْرِفُ له مُخالِفًا . قال ابنُ المنذرِ : قَضَى به عمرُ بينَ المهاجِرِينَ والأنصارِ ، ولم[6] يُنْكِرْه مُنْكِرٌ . وقال الأثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ ، يُسْأَلُ عن الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امرأتَه ، فتَحِيضُ حَيْضةً ، ثم يَرْتَفِعُ حَيْضُها . قال : أذْهَبُ إلى حديثِ عمرَ إذا رُفِعتْ[7] حَيْضَتُها فلم تَدْرِ ممَّا ارْتَفَعَتْ ، فإنَّها تَنْتَظِرُ سَنَةً . قيل له : فحاضَتْ دُونَ السَّنَةِ . فقال :/ تَرْجِعُ إلى الحَيْضِ[8] . قيل له[9] : فإن ارْتَفَعَتْ حَيْضَتُها أيضًا لا تَدْرِى ممَّا ارْتفعتْ ؟ قال : تَقْعُدُ سَنَةً أُخْرَى . وهذا قولُ كلِّ مَنْ وافقَنا فى المسألةِ الأُولَى ؛ وذلك لأنَّها لمَّا ارْتَفَعتْ حَيْضَتُها ، حَصَلَتْ مُرْتابةً ، فوَجَبَ أن تَنْتَقِلَ إلى الاعْتِدادِ بِسَنةٍ ، كما لو ارْتَفعَ حَيْضُها حين طَلَّقَها ، ووَجَبَ عليها سَنَةٌ كاملةٌ ؛ لأنَّ العِدَّةَ لا تَنْبَنِى على عِدَّةٍ أُخْرَى ، ولذلك[10] لو حاضَتْ حَيْضةً أو حَيْضتَيْنِ ، ثم يَئِسَتْ ، انْتَقَلتْ إلى ثَلاثةِ أشْهُرٍ كاملةٍ ، ولو اعْتَدَّتِ الصغيرةُ شَهْرًا أو شَهْرَيْنِ ، ثم حاضَتْ ، انْتقلتْ إلى ثلاثةِ قُرُوءٍ .

٨/١٣٥و

فصل : فإن كانت[11] عادةُ المرأةِ أن يَتَباعدَ ما بينَ حَيْضَتَيْها ، لم تَنْقَضِ عِدَّتُها حتى تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ وإن طالتْ ؛ لأنَّ هذه لم يَرْتَفِعْ حَيْضُها ، ولم تتأخَّرْ عن عادَتِها ،

---

(٤) فى ب : « ثلاثة » .

(٥) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب جامع عدة الطلاق ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٨٢ . والبيهقى ، فى : باب عدة من تباعد حيضها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧/٤١٩ ، ٤٢٠ . والإمام الشافعى ، انظر : الباب الخامس فى العدة ، من كتاب الطلاق ، من ترتيب المسند ٢/٥٨ . وعبد الرزاق ، فى: باب المرأة يحسبون أن يكون الحيض قد أدبر عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦/٣٣٩ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الرجل يطلق المرأة فترتفع حيضتها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/٢٠٩ .

(٦) فى الأصل ، ا : « ولا » .

(٧) فى الأصل ، ب : « رفعتها » .

(٨) فى ا ، م : « الحيْضة » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى ب : « وكذلك » .

(١١) فى ب : « كان » .

فهى من ذَواتِ القُرُوءِ، باقِيةٌ على عادَتِها ، فأشْبَهَتْ مَنْ لم يتباعَدْ حَيْضُها . ولا نعلمُ فى هذا مُخالِفًا .

فصل : فى عِدَّةِ المُسْتَحاضةِ ؛ لا تَخْلُو إمَّا أن يكونَ لها حَيْضٌ مَحْكومٌ به بعادةٍ أو تَمْييزٍ ، أو لا تكونَ كذلك ، فإن كان لها حَيْضٌ محكومٌ به بذلك ، فحُكْمُها فيه حُكْمُ غيرِ المُسْتحاضةِ ، إذا مَرَّتْ لها ثلاثةُ قُرُوءٍ ، فقد انْقَضَتْ عِدَّتُها . قال أحمدُ : المُسْتَحاضةُ تعْتدُّ أيَّامَ أقْرائِها التى كانت تَعْرِفُ . وإن عَلِمَتْ[١٢] أنَّ لها فى كلِّ شَهْرٍ حَيْضةً ، ولم تَعْلَمْ مَوْضِعَها ، فعِدّتُها ثلاثةُ أشْهرٍ . وإن شَكَّتْ فى شىءٍ ، تَرَبَّصَتْ حتى تَسْتَيْقِنَ أنَّ القُرُوءَ الثلاثَ قد انْقَضَتْ . وإن كانتْ مُبْتدَأةً لا تَمْييزَ لها ، أو ناسِيَةً لا تَعْرِفُ لها وَقْتًا ولا تَمْييزًا ، فعن أحمدَ فيها روَايتان ؛ إحْداهما ، أنَّ عِدَّتَها ثلاثةُ أشْهرٍ . وهو قَول عِكْرِمةَ ، وقَتادةَ ، وأبى عُبَيْدٍ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ أمَرَ حَمْنَةَ بنتَ جَحْشٍ أن تَجْلِسَ فى كلِّ شَهْرٍ سِتَّةَ أيامٍ أو سَبْعةً[١٣] . فجَعلَ لها حَيْضَةً فى كلِّ شهرٍ[١٤] تَتْرُكُ فيها الصلاةَ والصيامَ ، ويَثْبُتُ فيها سائرُ أحكامِ الحَيْضِ ، فيَجِبُ أن تَنْقَضِىَ به العِدَّةُ ؛ لأنَّ ذلك من أحْكامِ الحَيْضِ . والرواية الثانية ، تَعْتَدُّ سَنَةً بمَنْزِلةِ مَنْ رُفِعتْ[١٥] حَيْضَتُها لا تَدْرِى ما رَفَعها . قال أحمدُ : إذا كانت قد اخْتَلَطَتْ ، ولم تَعْلَمْ إقْبالَ الدَّمِ وإدْبارَه ، اعْتَدَّتْ سَنَةً ؛ لحديثِ عمرَ ؛ لأنَّ به[١٦] يتبيَّنُ الحَمْلُ . وهو قولُ مالكٍ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّها لم تتيَقَّنْ لها

---

(١٢) فى ا : « عرفت » .

(١٣) تقدم تخريجه ، فى : ٤٠٣/١ . ويضاف : وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى المستحاضة إذا اختلط عليها الدم ... ، من كتاب الطهارة وسننها . سنن ابن ماجه ٢٠٥/١ ، ٢٠٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨١/٦ ، ٣٨٢ . والحاكم ، فى : كتاب الطهارة . المستدرك ١٧٢/١ ، ١٧٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب الحيض . سنن الدارقطنى ٢١٤/١ . والبيهقى ، فى : باب المبتدئة لا تميز بين الدمين ، من كتاب الحيض . السنن الكبرى ٣٣٨/١ ، ٣٣٩ .

(١٤) فى ا زيادة : « ولأننا نحكم لها بحيضة فى كل شهر » .

(١٥) فى الأصل ، ا : « رفعتها » . وفى ب : « رفعها » .

(١٦) سقط من : ا ، م .

١٣٥/٨ظ حَيْضًا ، مع أنَّها من ذَواتِ القُرُوءِ ، فكانت عِدّتُها / سنةً ، كالتى ارْتَفَعَ حَيْضُها .
وعلى الرِّوايةِ الأُولَى ، يَنْبَغِى أن يُقالَ : إنَّنا متى حَكَمْنا بأنَّ حَيْضَها سَبْعةُ أيامٍ من كلِّ شَهْرٍ ، فمَضَى لها شَهْرانِ بالهِلالِ وسَبْعةُ أيَّامٍ من أوَّلِ الثالثِ ، فقد انْقَضتْ عِدّتُها .
وإن قُلْنا : القُرُوءُ الأطهارُ . فطَلَّقَها فى آخرِ شَهْرٍ ، ثم مَرَّ لها شَهْران وهَلَّ الثالثُ ، انْقَضتْ عِدَّتُها . وهذا مذهبُ الشافعىِّ .

١٣٤٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ طَلَّقَهَا وَهِيَ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ، فَلَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا بالشُّهُورِ حَتَّى حَاضَتْ ، اسْتَقْبَلَتِ العِدَّةَ بثَلَاثِ حِيَضٍ إنْ كَانَتْ حُرَّةً ، وبِحَيْضَتَيْنِ إنْ كَانَتْ أَمَةً**)

وجملتُه أنَّ الصَّغيرةَ التى لم تَحِضْ ، أو البالِغَ[1] التى لم تَحِضْ ، إذا اعْتَدَّتْ بالشُّهُورِ ، فحاضَتْ قبلَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ولو بسَاعةٍ ، لَزِمَها اسْتِئْنافُ العِدَّةِ . فى قولِ عامَّةِ عُلَماءِ الأمْصارِ ، منهم سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، ومُجاهِدٌ ، وقَتادةُ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وأهلُ المدينةِ ، وأهلُ البَصْرةِ ؛ وذلك لأنَّ الشُّهورَ بَدَلٌ عن الحَيْضِ ، فإذا وُجِدَ المُبْدَلُ بَطَلَ حكمُ البَدَلِ ، كالتَّيمُّمِ مع الماءِ . ويَلْزَمُها أن تَعْتَدَّ بثلاثِ حِيَضٍ إن قُلْنا : القُرُوءُ الحِيَضُ . وإن قُلْنا : القُروءُ الأطهارُ . فهل تَعْتَدُّ بما مَضَى من الطُّهْرِ قبلَ الحَيْضِ قُرْءًا ؟ فيه وَجهان ؛ أحدهما ، تَعْتَدُّ به ؛ لأنَّه طُهْرٌ انتقلتْ منه إلى حَيْضٍ ، فأشْبَهَ الطُّهْرَ بينَ الحَيْضَتَيْن . والثانى ، لا تَعْتَدُّ به . وهو ظاهرُ كلامِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ القُرْءَ هو الطُّهْرُ بين حَيْضَتَيْنِ ، وهذا لم يتَقَدَّمْهُ حَيْضٌ ، فلم يكُنْ قُرْءًا .
فأمَّا إن انْقَضَتْ عِدَّتُها بالشُّهورِ ، ثم حاضَتْ بعدَها ولو بلَحْظةٍ ، لم يَلْزَمْها اسْتِئْنافُ العِدَّةِ ؛ لأنَّه مَعْنًى حَدَثَ بعدَ انْقِضاءِ العِدَّةِ ، كالتى حاضَتْ بعدَ انْقِضاءِ العِدَّة بزَمنٍ طويلٍ ، ولا يُمْكِنُ مَنْعُ هذا الأصلِ ؛ لأنَّه لو صَحَّ مَنْعُه ، لم يَحْصُلْ لمَنْ لم تَحِضْ الاعْتِدادُ بالشُّهورِ بحالٍ .

فصل : ولو حاضَتْ حَيْضَةً أو حَيْضتَيْنِ ، ثم صارتْ من الآيِسَاتِ ، اسْتأْنفتِ

---

(١) فى ا : « البالغة » .

العِدّةَ بثلاثةِ أشْهُرٍ ؛ لأنَّ العِدَّةَ لا تُلَفَّقُ من جنْسيْنِ ، وقد تعَذَّرَ إتْمامُها بالحِيَضِ ، فوَجَبَ تَكْمِيلُها بالأشْهُرِ . وإن ظَهَرَ بها حَمْلٌ من الزَّوْجِ ، سَقَطَ حكمُ ما مَضَى وتَبَيَّنَّا[٢] أنَّ ما رَأَتْه من الدَّمِ لم يكُنْ حَيْضًا ؛ لأنَّ الحامِلَ لا تَحِيضُ . ولو حاضَتْ ثلاثَ حِيَضٍ ، ثم ظَهَرَ بها حَمْلٌ لأقَلَّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ انْقَضَتِ الحيضةُ الثالثةُ ، تبيَّنَّا أنَّ الدمَ ليس بحَيْضٍ ؛ لأنَّها / كانتْ حامِلًا مع رُؤْيةِ الدَّمِ ، والحاملُ لا تَحِيضُ . ولو حاضَتْ ثلاثَ حِيَضٍ ، ثم ظَهَر بها حملٌ يُمْكِنُ أن يكونَ حادثًا بعدَ قضاءِ العِدَّةِ ، بأن تَأْتِىَ به[٣] لسِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ فَرَغَتْ من عِدَّتِها ، لم تلْحَقْ بالزَّوْجِ ، وحَكَمْنا بصِحَّةِ الاعْتِدادِ ، وكان هذا الولدُ حادِثًا . وإن أتَتْ به لِدُونِ ذلك ، تَبيَّنَّا أنَّ الدَّمَ ليس بحَيْضٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ وُجُودُه فى مُدَّةِ الْحَمْلِ .

١٣٦/٨و

فصل : وإذا ارْتابَتِ المُعْتَدَّةُ ، ومعناه أن تَرَى أماراتِ الحَمْلِ ؛ من حَرَكةٍ أو نَفْخةٍ ونحوِهما[٤] ، وشَكَّتْ هل هو حَمْلٌ أم لا ؟ فلا يَخْلُو من ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحدها ، أن تَحْدُثَ بها[٥] الرِّيبةُ قبلَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، فإنَّما تَبْقَى فى حُكْمِ الاعْتِدادِ حتى تَزُولَ الرِّيبةُ ، فإن بان حَمْلًا ، انْقَضَتْ عِدَّتُها بوَضْعِه ، فإن زالتْ وبانَ أنَّه ليس بحَمْلٍ ، تبيَّنَّا أنَّ عِدَّتَها انْقضَتْ بالقُروءِ أو الشُّهُورِ . فإن زُوِّجتْ قبلَ زَوالِ الرِّيبَةِ ، فالنِّكاحُ باطِلٌ ؛ لأنَّها تزَوَّجَتْ وهى فى حُكْمِ المُعْتَدَّاتِ فى الظاهِرِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إذا تبيَّنَ عَدَمُ الحَمْلِ ، أنَّه يَصِحُّ النكاحُ ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنَّها تزَوَّجَتْ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها . الثانى ، أن تَظْهرَ الرِّيبَةُ بعدَ قَضاءِ عِدَّتِها والتَّزَوُّجِ ، فالنِّكاحُ صحيحٌ ؛ لأنَّه وُجِدَ بعدَ قَضاءِ العِدَّةِ ظاهِرًا ، والحَمْلُ مع الرِّيبَةِ مشكوكٌ فيه ، فلا يَزُولُ به ما حُكِمَ بصِحَّتِه ، لكن ، لا يَحِلُّ لِزَوْجِها وَطْؤُها ؛ لأنَّنا شَكَكْنا فى صِحَّةِ النكاحِ ، ولأنَّه لا يَحِلُّ لمن يُؤْمِنُ باللهِ واليومِ الآخِرِ أن يسْقِىَ

---

(٢) فى الأصل ، م : « وتبين » .

(٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤) فى ا : « ونحوه » .

(٥) فى الأصل ، ا ، م : « به » .

ماءَه زَرْعَ غيرِه ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن وَضَعَتِ الولدَ لأقلَّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ تَزَوَّجَها الثانى ووَطِئَها ، فنِكاحُه باطِلٌ ؛ لأنَّه نَكَحَها وهى حامِلٌ ، وإن أتَتْ به لأكثرَ من ذلك ، فالولدُ لَاحِقٌ به ، ونِكاحُه صحيحٌ . الحال الثالث ، ظَهرتِ الرِّيبَةُ بعدَ قضاءِ العِدَّةِ وقبلَ النِّكاحِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَحِلُّ لها أن تتزوَّجَ ، وإن تزوَّجَتْ فالنكاحُ باطلٌ ؛ لأنَّها تتزوَّجُ مع الشَّكِّ فى انْقضاءِ العِدَّةِ[٦] ، فلم يَصِحَّ ، كما لو وُجِدَتِ الرِّيبَةُ فى العِدَّةِ ، ولأنَّنا لو صَحَّحْنا النكاحَ ، لَوقَعَ مَوقُوفًا ، ولا يجوزُ كَوْنُ النكاحِ مَوقوفًا ، ولهذا لو أسْلَمَ وتخَلَّفَتِ امرأتُه فى الشِّرْكِ ، لم يَجُزْ أن يتزوَّجَ أُخْتَها ؛ لأنَّ نِكاحَها يكونُ مَوْقوفًا على إسْلامِ الأُولَى . والثانى ، يَحِلُّ لها النكاحُ ، ويَصِحُّ ؛ لأنَّنا حكَمْنا بانْقضاءِ العِدَّةِ ، وحِلِّ النِّكاحِ ، وسُقُوطِ النفقةِ والسُّكْنَى ، فلا يجوزُ زَوالُ ما حُكِمَ به بالشكِّ[٧] الطَّارِئ ، ولهذا لا يَنْقُضُ الحاكمُ ما حكمَ به بتَغَيُّرِ اجْتِهادِه ورُجُوعِ الشُّهُودِ .

٨/١٣٦ظ **فصل** : وإذا طَلَّقَ واحدةً من نِسائِه لا يُعَيِّنُها ، / أُخْرِجَتْ بالقُرْعةِ ، وعليها العِدَّةُ دُونَ غيرِها ، وتُحْسَبُ[٨] عِدَّتُها من حينَ طَلَّقَ ، لا من حينِ القُرْعةِ . وإن طَلَّقَ واحدةً بعَيْنِها وأُنْسِيَها ، ففى قَوْلِ[٩] أصْحابِنا ، الحكمُ فيها كذلك . والصحيحُ أنَّه يَحْرُمُ عليه الجميعُ ، فإن مات فعلَى الجميعِ الاعْتِدادُ بأقْصَى الأجَلَيْنِ ، من عِدَّةِ الطَّلاقِ والوفاةِ ؛ لأنَّ النكاحَ كان ثابتًا بيَقِينٍ ، وكل واحدةٍ منهنّ[١٠] يجوز أن تكونَ هى[١١] المطَلَّقةَ[١٢] ، وأن تكونَ زوجةً ، فوَجَبَ أقْصَى الأجَلَيْنِ إنْ كان الطَّلاقُ بائِنًا ، ليسْقُطَ الفَرْضُ بيقِينٍ ، كمَنْ نَسِىَ صلاةً من يومٍ لا يَعْلَمُ عَيْنَها ، لَزِمَه أن يُصَلِّىَ خَمْسَ صلواتٍ ، لكن[١٣]

---

(٦) فى ا : « عدتها » .

(٧) فى ب ، م : « الشك » .

(٨) فى الأصل : « وتجب » .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) فى ا ، ب : « منهما » .

(١١) سقط من : الأصل ، ا .

(١٢) فى ب زيادة : « ويجوز » .

(١٣) فى م : « ولكن » .

ابتداءَ القُروءِ[١٤] من حينَ طَلَّقَ ، وابْتداءُ عِدَّةِ الوفاةِ من حينِ المَوْتِ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وإن طَلَّقَ الجميعَ ثلاثًا بعدَ ذلك ، فعليهِنَّ كلِّهِنَّ تَكْمِيلُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ من حينَ طَلَّقَهُنَّ[١٥] . وإن طَلَّقَ ثلاثًا وأُنْسِيَهُنَّ ، فهو كما لو طَلَّقَ واحدةً .

١٣٥٠ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَهُوَ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ ، قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا لِتَمَامِ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وعَشْرٍ ، إِنْ كَانَتْ حُرَّةً ، ولِتَمَامِ شَهْرَيْنِ وخَمْسَةِ أَيَّامٍ ، إِنْ كَانَتْ أَمَةً**)

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ عِدَّةَ الحُرَّةِ المُسْلمةِ غيرِ ذاتِ الحَمْلِ من وفاةِ زَوْجِها أَرْبَعةُ أشهرٍ وعَشْرٌ ، مَدْخُولًا بها أو غيرَ مدخولٍ بها ، سَواءٌ كانت كبيرةً بالغةً أو صغيرةً لم تبلغْ ؛ وذلك لقولِه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾[١] . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِامْرأةٍ تُؤْمِنُ باللهِ والْيَوْمِ الْآخِرِ أنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثٍ ، إلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا » . مُتَّفَقٌ عليه[٢] . فإن قيل : ألَا حَمَلْتُم الآيةَ على المَدْخُولِ بها ، كما قُلْتُم في قولِه تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوءٍ ﴾[٣] . قُلْنا : إنَّما خَصَصْنا هذه بقولِه تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾[٤] . ولم يَرِدْ تَخْصِيصُ عِدَّةِ الوَفاةِ ، ولا أمْكَنَ قِياسُها على المُطلَّقةِ في التَّخْصِيصِ لوَجْهَيْن ؛ أحدهما ، أنَّ النكاحَ عَقْدُ عُمْرٍ ، فإذا مات انْتَهَى ، والشيءُ إذا انْتَهَى تقَرَّرَتْ أحْكامُه ، كتَقَرُّرِ أحْكامِ الصِّيامِ بدُخولِ الليلِ ، وأحكامِ الإجَارَةِ

---

(١٤) في ب ، م : « القرء » .

(١٥) في ا ، ب ، م زيادة : « ثلاثا » .

(١) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٢) تقدم تخريجه ، في صفحة ١٩٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٤) سورة الأحزاب ٤٩ .

بانْقِضائِها ، والعِدَّةُ من أحْكامِه . الثانى ، أنَّ المُطَلَّقةَ إذا أتَتْ بولدٍ يُمْكِنُ الزَّوجُ تَكْذِيبَها ونَفْيَه باللِّعانِ ، وهذا / مُمْتَنِعٌ فى حَقِّ المَيِّتِ ، فلا يُؤْمَنُ أن تَأْتِىَ بولدٍ ، فيَلْحَقَ المَيِّتَ نَسَبُه ، ومالَهُ مَنْ يَنْفِيه ، فاحْتَطْنا بإيجاب العِدَّةِ عليها لحِفْظِها عن التَّصَرُّفِ والمَبِيتِ فى غير مَنْزِلها ، حِفْظًا لها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يُعْتَبَرُ وُجُودُ الحَيْضِ فى عِدَّةِ الوَفاةِ . فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّها إذا كانتْ مَدْخولًا بها ، وجبَتْ[5] أرْبَعةُ أشْهُرٍ وعَشْرٌ فيها حَيْضةٌ ، واتِّباعُ الكِتابِ والسُّنَّةِ أوْلَى ، ولأنَّه[6] لو اعْتُبِرَ الحَيْضُ فى حَقِّها ، لَاعْتُبِرَ ثَلاثةُ قُرُوءٍ ، كالمُطَلَّقةِ . وهذا الخلافُ يَخْتَصُّ بذاتِ القُرْءِ ، فأمَّا الآيِسَةُ والصغيرةُ ، فلا خِلافَ فيهما[7] ، وأمَّا الأمَةُ المُتَوفَّى عنها زَوْجُها[8] ، فعِدَّتُها شَهْرانِ وخَمْسةُ أيامٍ . فى قَوْلِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعَطاءٌ ، وسليمانُ بن يَسَارٍ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادَةُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وغيرُهم ، إلَّا ابنَ سِيرِينَ ، فإنَّه قال : ما أرَى عِدَّةَ الأمَةِ إلَّا كعِدَّةِ الحُرَّةِ ، إلَّا أن تكونَ قد مَضَتْ فى ذلك سُنَّةٌ ، فإنَّ السُّنَّةَ أحَقُّ أن تُتَّبَعَ . وأخَذَ بظاهِرِ النصِّ وعُمُومِه . ولَنا ، اتِّفاقُ الصَّحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، على أن عِدَّةَ الأمَةِ المُطَلَّقةِ على النِّصْفِ من عِدَّةِ الحُرَّةِ ، فكذلك عِدَّةُ الوَفاةِ .

فصل : والعَشْرُ المُعْتَبَرةُ فى العِدَّةِ هى عشرُ لَيالٍ بأيَّامِها ، فتَجِبُ عشرةُ أيامٍ مع اللَّيالِى . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الأوْزَاعِىُّ : يجبُ عَشْرُ ليالٍ وتِسْعةُ أيامٍ ؛ لأنَّ العَشْرَ تُسْتَعْمَلُ فى الليالِى دُونَ الأيَّامِ ، وإنَّما دَخَلتِ الأيامُ اللَّاتِى فى أثْناءِ الليالِى تَبَعًا . قُلْنا : العَرَبُ تُغَلِّبُ اسْمَ التأنيثِ فى العَدَدِ خاصَّةً على المُذَكَّرِ ، فتُطْلِقُ لَفْظَ اللَّيالِى وتُرِيدُ اللياليَ بأيَّامِها ، كما

---

(5) فى ب ، م : « وجب » .
(6) سقطت الواو من : الأصل .
(7) فى الأصل ، ب ، م : « فيها » .
(8) سقط من : ا ، ب .

قال الله تعالى لزكريا : ﴿ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَـٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا ﴾[9] . يريدُ بأيَّامِها[10] ، بدليلِ أنَّه قال فى مَوْضعٍ آخرَ : ﴿ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَـٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا ﴾[11] . يريدُ بلَيالِيها . ولو نَذَرَ اعْتِكافَ العَشْرِ الأخيرِ من رمضانَ ، لَزِمَه اللَّيالى والأيامُ . ويقولُ القائلُ : سِرْنا عَشْرًا . يُريدُ اللَّيالِىَ بأيَّامِها . فلم يَجُزْ نَقْلُها عن العِدَّةِ إلى الإِباحةِ بالشَّكِّ .

١٣٧/٨ ظ

فصل : وإذا مات زَوجُ الرَّجْعيَّةِ ، استأنَفَتْ عِدَّةَ الوَفاةِ ، أَرْبعةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا/ ، بلا خلافٍ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ على ذلك . وذلك لأنَّ الرَّجْعيَّةَ زَوجةٌ يَلْحَقُها طَلاقُه ، وينا لُها مِيراثُه ، فاعْتدَّتْ للوفاةِ ، كغيرِ المُطَلَّقةِ . وإن مات مُطَلِّقُ البائنِ فى عِدَّتِها ، بَنَتْ على عِدَّةِ الطلاقِ ، إلَّا أن يُطَلِّقَها فى مَرَضِ مَوْتِه ، فإنَّها تَعْتَدُّ أطْوَلَ الأجَلَيْنِ من عِدَّةِ الوفاةِ أو ثلاثةِ قُرُوءٍ . نَصَّ على هذا أحمدُ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومحمدُ بن الحسنِ . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : تَبْنِى على عِدَّةِ الطلاقِ ؛ لأنَّه مات وليست زَوْجةً له ، لأنَّها بائنٌ من النكاحِ ، فلا تكونُ مَنْكُوحةً . ولَنا ، أنَّها وارِثةٌ له ، فيجبُ عليها عِدَّةُ الوفاةِ ، كالرَّجْعيَّةِ ، وتَلْزَمُها عِدَّةُ الطلاقِ ؛ لما ذكَرُوه فى دليلِهم ، وإن مات المريضُ المُطَلِّقُ بعدَ انْقضاءِ عِدَّتِها بالحَيْضِ ، أو بالشُّهورِ ، أو بوَضْعِ الحَمْلِ ، أو كان طلاقُه قبلَ الدُّخولِ ، فليس عليها عِدَّةٌ لمَوْتِه . وقال القاضى : عليهنَّ عِدَّةُ الوفاةِ إذا قُلْنا : يَرِثْنَه . لأنَّهنَّ يَرِثْنَه بالزَّوْجيَّةِ ، فتَجبُ عليهنَّ عِدَّةُ الوَفاةِ ، كما لو مات بعدَ الدُّخولِ وقبلَ[12] قضاءِ العِدَّةِ . ورواه أبو طالبٍ عن أحمدَ ، فى التى انْقَضَتْ عِدّتُها . وذكر ابنُ أبى موسى فيها روايتَيْن . والصَّحِيحُ أنَّها لا عِدَّةَ

---

(٩) سورة مريم ١٠ .

(١٠) فى ب ، م : « أيامها » .

(١١) سورة آل عمران ٤١ .

(١٢) سقطت الواو من : ا .

عليها ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ . وقال : ﴿ وَالْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . وقال : ﴿ وَالَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾[١٣] . فلا يجوزُ تخصيصُ هذه النُّصوصِ بالتَّحَكُّمِ ، ولأنَّها أَجْنَبِيَّةٌ تحِلُّ للأزْواجِ ، ويحِلُّ للمُطَلِّقِ نِكاحُ أُخْتِها وأربعٍ سِوَاها ، فلم تجِبْ عليها عِدَّةٌ لمَوْتِه ، كما لو تزوَّجَتْ ، وتُخالِفُ التي مات في عِدَّتِها ، فإنَّها لا تحِلُّ لغيرِه في هذه الحالِ ، ولم تَنْقَضِ عِدَّتُها ، ولا نُسَلِّمُ أنَّها تَرِثُه ، فإنَّها لو وَرِثَته لأَفْضَى إلى أن يَرِثَ الرجلَ ثمانِي زَوْجاتٍ . فأمَّا إن تزوَّجَتْ إحْدَى هؤلاءِ ، فلا عِدَّةَ عليها ، بغيرِ خِلَافٍ نعْلَمُه ، ولا تَرِثُه أيضًا . وإن كانت المُطلَّقةُ البائنُ لا تَرِثُ ، كالأَمَةِ أو الحُرَّةِ يُطَلِّقُها العَبْدُ ، أو الذِّمِّيَّةُ يُطَلِّقُها المُسْلِمُ ، والمُخْتَلِعةُ أو فاعلةُ ما يَفْسَخُ نِكاحَها ، لم تَلْزَمْها عِدَّةٌ ، سَواءٌ مات زوجُها في عِدَّتِها أو بعدَها ، على قياسِ قولِ أصحابِنا ، فهم عَلَّلُوا نَقْلَهَا إلى عِدَّةِ الوَفاةِ بإرْثِها ، وهذه ليستْ وارثةً ، فأشْبَهتِ المُطلَّقةَ في الصِّحَّةِ ، وأمَّا المُطلَّقةُ في الصِّحَّةِ إذا كانت بائنًا ، فمات زوجُها ، فإنَّها تَبْنِي على عِدَّةِ الطَّلاقِ / ، ولا تَعْتَدُّ للوفاةِ . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافعيِّ ، وأبي عُبَيْدٍ ، وأبي ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذرِ . وقال الثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفةَ : عليها أَطْوَلُ الأجَلَيْنِ ، كما لو طَلَّقَها في مَرَضِ مَوْتِه . ولَنا ، قولُه سبحانه وتعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . ولأنَّها أجْنَبِيَّةٌ منه في نكاحِه ، ومِيراثِه ، والحِلِّ له ، ووُقوعِ طلاقِه ، وظِهارِه ، وتحِلُّ له أُخْتُها وأَرْبَعٌ سِوَاها ، فلم تَعْتَدَّ لوفاتِه ، كما لو انْقَضتْ عِدَّتُها . وذكَرَ القاضي ، في المُطلَّقةِ في المرضِ ، أنَّها[١٤] إذا كانتْ حامِلًا ، تَعْتَدُّ أَطْوَلَ الأجَلَيْنِ . وليس هذا بشيءٍ ؛ فإنَّ[١٥] وَضْعَ الحملِ تَنْقَضِي به كلُّ عِدَّةٍ ، ولا يجوزُ أن يَجِبَ عليها الاعْتِدادُ بغيرِ الحَمْلِ ، على

١٣٨/٨و

(١٣) سورة الطلاق ٤ .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : « لأن » .

ما سنذكره فى المسألةِ التى تَلِى هذه إن شاء اللّٰه تعالى .

١٣٥١ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَهِىَ حَامِلٌ مِنْهُ ، لَمْ تَنقَضِ عِدَّتُهَا إِلَّا بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، أَمَةً كَانَتْ أَوْ حُرَّةً**)

أَجْمَعَ أهلُ العلمِ فى جميعِ الأعْصارِ ، على أنَّ المطلَّقةَ الحاملَ تَنْقَضِى عدتُها بوضعِ حَمْلِها . وكذلك كلُّ مُفارقةٍ فى الحياةِ . وأَجْمَعُوا أيضا على أنَّ المُتَوَفَّى عنها زوجُها[١] ، إذا كانت حاملًا ، أَجَلُها وَضْعُ حَمْلِها ، إلَّا ابنَ عباسٍ . ورُوِىَ عن علىٍّ من وَجْهٍ مُنْقَطِعٍ ، أنَّها تَعْتَدُّ بأقْصَى الأجَلَيْنِ . وقالَه أبو السَّنابِلِ بنُ بَعْكَكٍ ، فى حَياةِ النَّبِىِّ ﷺ ، فرَدَّ عليه النَّبِىُّ ﷺ قولَه[٢] . وقد رُوِىَ أنَّ[٣] ابنَ عبَّاسٍ[٤] رَجَعَ إلى قَوْلِ الجماعةِ لمَّا بَلَغَه حديثُ سُبَيْعةَ ، وكَرِهَ الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، أن تَنْكِحَ فى دَمِها . ويُحْكَى عن حَمَّادٍ ، وإسحاقَ ، أنَّ عِدَّتَها لا تَنْقَضِى حتى تَطْهُرَ . وأبَى سائرُ أهلِ العلم هذا القولَ ، وقالوا : لو وَضَعَتْ بعدَ ساعةٍ من وفاةِ زَوْجِها ، حَلَّ لها أن تتزَوَّجَ ، ولكن ، لا يَطَؤُها زوجُها حتى تَطْهُرَ من نِفاسِها وتَغْتَسِلَ ؛ وذلك لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُولَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[٥] . ورُوِىَ عن أُبَىِّ بن كعبٍ ، قال : قلتُ للنَّبِىِّ ﷺ : ﴿ وَأُولَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . للمُطَلَّقةِ ثلاثًا أو للمُتَوَفَّى[٦] عنها؟[٧] قال : [٨]« هى للمُطَلَّقةِ ثلاثًا ، ولِلْمُتَوَفَّى عَنْها »[٨] . وقال ابنُ مسعودٍ : مَنْ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) يأتى الحديث بتمامه فى المسألة قريبا .

(٣) فى م : « عن » .

(٤) فى م زيادة : « أنه » .

(٥) سورة الطلاق ٤ .

ومن هنا إلى آخر الآية الذى سيأتى ، سقط من : الأصل ، ب ، نقل نظر .

(٦) فى الأصل : « وللمتوفى » .

(٧) فى ا زيادة : « زوجها » .

(٨ – ٨) سقط من : الأصل . والحديث أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١١٦ .

شاء باهَلْتُه أو لَاعَنْتُه ، أنَّ الآيةَ التى فى سُورةِ النِّساءِ القُصْرَى : ﴿ وَأُولَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . نزلَتْ بعدَ التى فى سورةِ البقرةِ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾[9] . يعنى أن هذه الآيةَ هى الأخيرةُ ، فتقَدَّم على ما خالَفَها من عُمومِ الآيةِ[10] المتقدِّمةِ ، ويُخَصُّ بها عُمومُها . ورَوَى عبدُ اللهِ بن الأَرْقَمِ ، أن سُبَيْعةَ الأَسْلَمِيَّةَ أخْبَرَتْه ، أنَّها كانتْ تحتَ سعدِ بن خَوْلَةَ / ، وتُوُفِّى عنها فى حَجَّةِ الوَداعِ وهى ١٣٨/٨ظ حامِلٌ ، فلم تَنْشَبْ أن وَضَعَتْ حَمْلَها بعدَ وَفاتِه ، فلما تَعَلَّتْ[11] من نِفاسِها ، تجمَّلَتْ للخُطَّابِ ، فدَخَلَ عليها أبو السَّنابِلِ بنُ بَعْكَكٍ ، فقال : مالى أراكِ مُتَجَمِّلةً ، لعلَّك ترَجِّينَ النكاحَ ؟ إنَّكِ واللهِ ما أنتِ بناكِحٍ حتى تَمُرَّ عليك أربعةُ أشْهُرٍ وعَشْرٌ . قالتْ سُبَيْعةُ : فلما قال لى ذلك ، جَمَعْتُ علىَّ ثيابى حينَ أمْسَيْتُ ، فأتَيْتُ رسولَ اللهِ ﷺ ، فسألْتُه عن ذلك ، فأفْتانِى بأنِّى قد حَلَلْتُ حينَ وَضَعْتُ حَمْلِى ، فأمَرَنِى بالتَّزَوُّجِ[12] إنْ بَدَا لى . مُتَّفَقٌ عليه[13] . وقال ابنُ عبدِ الْبَرِّ : هذا حديثٌ صحيحٌ ، قد جاء من وُجُوهٍ شَتَّى ، كلُّها ثابتةٌ ، إلَّا ما رُوِىَ عن ابن عباسٍ ، ورُوِىَ عن علىٍّ من وَجْهٍ مُنْقَطِعٍ . ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ حامِلٌ ، فتَنْقَضِى عِدَّتُها بوَضْعِه كالمُطلَّقةِ ، يُحَقِّقُه أنَّ العِدَّةَ إنَّما شُرِعَتْ لمَعْرِفةِ بَراءَتِها من الحملِ ، ووَضْعُه أدَلُّ الأشياءِ على البَراءةِ منه ، فوَجَبَ أن تَنْقَضِىَ به[14] العِدَّةُ ، ولأنَّه لا خِلافَ فى بَقاءِ العِدَّةِ ببَقاءِ الحملِ ، فوَجَبَ أن تنْقَضِىَ به ، كما فى حَقِّ المُطَلَّقةِ .

---

(٩) سورة البقرة ٢٣٤ . وانظر لأثر ابن مسعود تفسير القرطبى ١٧٥/٣ .

(١٠) فى ب ، م : « الآيات » .

(١١) تعلَّت من نفاسها : سَلِمتْ .

(١٢) فى النسخ : « التزويج » . والمثبت من الصحيحين .

(١٣) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنى عبد الله بن محمد الجعفى ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ١٠٢/٥ ، ١٠٣ . ومسلم ، فى : باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١١٢٢/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى عدة الحامل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٨/١ ، ٥٣٩ .

(١٤) سقط من : ا ، ب ، م .

فصل : وإذا كان الْحَمْلُ واحدًا ، انْقَضتِ العِدَّةُ بوَضْعِه ، وانْفِصالِ جَميعِه ، وإن ظَهَرَ بعضُه ، فهى فى عِدَّتِها حتى يَنْفَصِلَ باقِيه ؛ لأنَّها لا تكونُ واضعةً لحَمْلِها حتى[15] يَخْرُجَ كلُّه . وإن كان الحملُ اثنَيْنِ أو أكثرَ ، لم تَنْقَضِ عِدَّتُها إلَّا بوَضْعِ الآخِرِ ؛ لأنَّ الْحَمْلَ هو الجميعُ . هذا قولُ جماعةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أبا قِلَابةَ وعِكْرِمةَ ، فإنَّهما قالا : تَنْقَضِى عدَّتُها بوَضْعِ الأوَّلِ ، ولا تتزوَّجُ حتى تَضَعَ الآخِرَ . وذكر ابنُ أبى شَيْبةَ[16] ، عن قَتادةَ ، عن عِكْرِمةَ ، أنَّه قال : إذا وَضَعَتْ أحَدَهُما ، فقد انْقَضتْ عِدَّتُها . قيل له : فتتزوَّجُ ؟ قال : لا . قال قَتادةُ : خُصِمَ[17] العبدُ . وهذا قولٌ شاذٌّ ، يخالِفُ ظاهرَ الكِتابِ وقولَ أهلِ العلمِ ، والمعنى ، فإنَّ العِدَّةَ شُرِعَتْ لمعرفةِ البَراءةِ من الْحَمْلِ ، فإذا عُلِمَ وُجُودُ الحَمْلِ ، فقد تُيُقِّنَ وُجُودُ المُوجِبِ للعِدَّةِ ، وانْتَفَتِ البراءةُ المُوجِبةُ لِانْقِضائِها ، ولأنَّها لو انْقَضتْ عِدَّتُها بوَضْعِ الأوَّلِ ، لأُبِيحَ لها النكاحُ ، كما لو وضَعتِ الآخِرَ . فإن وَضَعَتْ ولدًا ، وشَكَّتْ فى وُجُودِ ثانٍ ، لم تَنْقَضِ عِدَّتُها حتى تَزُولَ الرِّيبةُ ، وتتيَقَّنَ أنَّها لم يَبْقَ معها حَمْلٌ ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاؤُها ، فلا يزُولُ بالشَّكِّ .

١٣٥٢ – مسألة ؛ قال : (والْحَمْلُ الَّذِى تَنْقَضِى بِهِ الْعِدَّةُ ، مَا يَتَبَيَّنُ فِيهِ / شَىْءٌ مِنْ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً) ٨/١٣٩و

وجملةُ ذلك ، أنَّ المرأةَ إذا أَلْقَتْ بعدَ فُرْقةِ زَوْجِها شيئًا ، لم يَخْلُ من خمسةِ أحْوالٍ ؛ أحدها ، أن تَضَعَ ما بانَ فيه خَلْقُ الآدَمِىِّ ، من الرأسِ واليَدِ والرِّجْلِ ، فهذا تَنْقَضِى به العِدَّةُ ، بلا خلافٍ بينهم . قال ابنُ المنذرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ ، على أنَّ عِدَّةَ المرأةِ تَنْقَضِى بالسَّقْطِ إذا عُلِمَ أنَّه وَلَدٌ ، وممَّن نحفظُ عنه ذلك ؛ الحسنُ ،

---

(١٥) فى ا ، م : « ما لم » .

(١٦) فى : باب من قال : إذا وضعت إحداهما فقد حلت ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٧٦/٥ .

(١٧) أى غُلِب .

وابنُ سِيرِينَ ، وشُرَيحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ[1] ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأحمدُ ، وإسْحاقُ . قال الأثرمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : إذا نُكِسَ فى الخلقِ الرابعِ ؟ يعنى تَنْقَضِى به العِدَّةُ . فقال : إذا نُكِسَ فى الخَلْقِ الرابعِ ، فليس فيه اختلافٌ ، ولكن إذا تَبَيَّنَ خَلْقُه [2]هذا أدلُّ[2] . وذلك لأنَّه إذا بان فيه شىءٌ من خَلْقِ الآدَمِىِّ ، عُلِمَ أنَّه حَمْلٌ ، فيَدْخُلُ فى عُمومِ قولِه تعالى : ﴿ وَأُولَـٰتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[3] . الحال الثانى ، أَلْقَتْ نُطْفَةً أو دَمًا ، لا تَدْرِى هل هو ما يُخْلَقُ منه الآدَمِىُّ أو لا ؟ فهذا لا يتعلَّقُ به شىءٌ من الأحْكامِ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ أنَّه ولدٌ ، لا بالمُشاهَدَةِ ولا بالبَيِّنةِ . الحال الثالث ، أَلْقَتْ مُضْغَةً لم تَبِنْ فيها الخِلْقةُ ، فشَهِدَ ثِقاتٌ من القَوابِلِ ، أنَّ فيه صُورةً خَفِيَّةً ، بان بها أنَّها خِلْقةُ آدَمِىٍّ ، فهذا فى حُكْمِ الحالِ الأوَّلِ ، لأنَّه قد تَبَيَّنَ بشَهادةِ أهلِ المَعْرِفةِ أنَّه ولدٌ . الحال الرابع ، إذا أَلْقَتْ مُضْغةً لا صورةَ فيها ، فشَهِدَ ثِقاتٌ من القَوابِلِ أنَّه مُبْتَدأُ خَلْقِ آدَمِىٍّ ، فاخْتلَف عن أحمدَ ، فنقَلَ أبو طالبٍ أنَّ عِدَّتَها لا تَنْقضِى به ، ولا تَصِيرُ به أُمَّ ولدٍ ؛ لأنَّه لم يَبِنْ فيه خَلْقُ آدَمِىٍّ ، فأشْبَهَ الدَّمَ . وقد ذكَر[4] هذا قولًا للشافعىِّ ، وهو اخْتيارُ أبى بكرٍ . ونقَل الأثْرَمُ ، عن أحمدَ ، أنَّ عِدّتَها لا تَنْقَضِى به ، ولكن تصيرُ أُمَّ ولدٍ ؛ لأنَّه مَشْكوكٌ فى كَوْنِه ولدًا ، فلم يُحْكَمْ بانْقِضاءِ العِدَّةِ المُتَيَقَّنةِ بأمْرٍ مَشْكوكٍ فيه ، ولم يَجُزْ بَيْعُ الأَمَةِ الوالدةِ له مع الشَّكِّ فى رِقِّها ، فيثْبُتُ كَوْنُها أُمَّ ولدٍ احْتِياطا ، ولا تَنْقَضِى العِدَّةُ احْتِياطًا . ونقل حَنْبَلٌ ، أنَّها تصيرُ أُمَّ وَلَدٍ ، ولم يَذْكُرِ العِدَّةَ ، فقال بعضُ أصحابنا : على هذا تَنْقَضِى به العِدَّةُ . وهو قولُ الحسنِ . وظاهرُ[5] مذهبِ الشافعىِّ ؛ / لأنَّهم شَهِدُوا بأنَّه خِلْقةُ آدَمِىٍّ ، أشْبَهَ ما لو تصوَّر . والصَّحِيحُ أنَّ هذا ليس روايةً[6] فى العِدَّةِ ، لأنَّه لم يَذْكُرْها ، ولم يتعَرَّضْ لها . الحال الخامس ، أن تَضَعَ

١٣٩/٨ ظ

---

(١) سقط من : ا ، ب ، م .
(٢ - ٢) فى ا : « وهذا أولى » .
(٣) سورة الطلاق ٤ .
(٤) فى ا : « نقل » .
(٥) فى ب : « وهذا ظاهر » .
(٦) فى ا ، م : « برواية » .

مُضْغَةً لا صُورةَ فيها ، ولم تَشْهَدِ القَوابلُ بأنَّها مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِىٍّ ، فهذا لا تَنْقضِى به عِدَّةٌ ، ولا تصيرُ به أُمَّ ولِدٍ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ كَوْنُه ولدًا ببيِّنَةٍ ولا مُشاهدةٍ ، فأشْبَهَ العَلَقَةَ ، ولا[7] تَنْقَضِى العِدَّةُ بوَضْعِ ما قبلَ المُضْغةِ بحالٍ ، سَواءٌ كان نُطْفةً أو عَلَقةً ، وسَواءٌ قيل : إنَّه مُبْتَدأُ خلقِ آدَمِىٍّ أو لم يُقَلْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : أمَّا إذا كان عَلَقةً ، فليس بشىءٍ ، إنَّما هى دَمٌ ، لا تَنْقَضِى به عِدَةٌ ، ولا تَعْتِقُ به[8] أَمَةٌ . ولا نعلمُ مُخالفًا فى هذا ، إلا الحسنَ ، فإنَّه قال : إذا عُلِمَ أنَّها حَمْلٌ ، انْقَضتْ به[8] العِدَّةُ ، وفيه الغُرَّةُ . والأوَّلُ أصَحُّ ، وعليه الجمهورُ . وأقَلُّ ما تَنْقَضِى به العِدَّةُ من الحَمْلِ ، أن تَضَعَه بعدَ ثمانينَ يومًا منذُ أمْكَنَه وَطْؤُها ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « إنَّ خَلْقَ أحَدِكُم لَيُجْمَعُ فى بَطْنِ أُمِّهِ ، فَيَكُونُ نُطْفَةً أرْبَعِينَ يَوْمًا ، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقةً مِثْلَ ذٰلِكَ ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذٰلِكَ »[9] . ولا تَنْقَضِى العِدَّةُ بما دُون المُضْغةِ فوَجَبَ أن تكونَ بعدَ الثمانينَ ، فأمَّا ما[10] بعدَ الأرْبعة أشْهُرٍ ، فليس فيه إشْكالٌ ؛ لأنَّه يُنَكَّسُ[11] فى الخَلْقِ الرابعِ .

فصل : وأقلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ سِتَّةُ أشْهُرٍ ؛ لما رَوَى الأثْرَمُ ، بإسْنادِه عن أبى الأسْوَدِ ، أنَّه رُفِعَ إلى عمرَ ، أنَّ امرأةً ولَدَتْ لستَّةِ أشْهُرٍ ، فهَمَّ عمرُ برَجْمِها ، فقال له علىٌّ : ليس لك ذلك . قال اللهُ تعالى : ﴿ وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْـنِ ﴾[12] .

---

(٧) فى ا ، ب ، م : « فلا » .

(٨) فى ب : « بها » .

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب ذكر الملائكة ، من كتاب بدء الخلق ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب حدثنا أبو الوليد ... ، من كتاب القدر ، وفى : باب : ﴿ ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين ﴾ من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٤/١٣٥ ، ١٦١ ، ٨/١٥٢ ، ٩/١٦٥ . ومسلم ، فى : باب كيفية خلق الآدمى فى بطن أمه ...، من كتاب القدر . صحيح مسلم ٤/٢٠٣٦ . وأبو داود ، فى : باب فى القدر ، من كتاب السنة . سنن أبى داود ٢/٥٣٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الأعمال بالخواتيم ، من كتاب القدر . عارضة الأحوذى ٨/٣٠١ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى ا ، ب ، م : « منكس » .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٣ .

وقال تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وفِصَالُهُ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾[١٣] . فحَوْلانِ وستَّةُ أشهُرٍ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ، لارَجْمَ عليها . فخَلَّى عمرُ سَبِيلَها ، ووَلَدَتْ مَرَّةً أُخرَى لذلك الحَدِّ[١٤] . ورَوَاه الأَثْرَمُ أيضًا عن عِكْرِمَةَ ، أنَّ ابنَ عباسٍ قال ذلك . قال عاصمٌ الأَحْوَلُ : فقلتُ لعِكْرِمَةَ : إنَّا بَلَغَنا أنَّ عَلِيًّا قال هذا[١٥] . فقال عِكْرِمَةُ : لا ، ما قال هذا إلَّا ابنُ عباسٍ . وذكَر ابنُ قُتَيْبَةَ ، فى « المعارِف »[١٦] ، أنَّ عبدَ الملكِ بن مروانَ وُلِدَ لستَّةِ أشْهُرٍ . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرأىِ ، وغيرِهم .

١٣٥٣ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَلَّقهَا ، أوْ مَاتَ عَنْهَا ، فَلَمْ تَنْكِحْ حَتَّى أتَتْ بِوَلَدٍ بَعْدَ طَلَاقِهِ أوْ مَوْتِهِ بِأَرْبَعِ سِنِينَ ، لَحِقَهُ الْوَلَدُ ، وانْقَضَتْ عِدَّتُها بِهِ)

ظاهِرُ المذهبِ أنَّ أقْصَى مُدَّةِ الحَمْلِ أرْبَعُ سِنِينَ . وبه قال الشافعىُّ ، وهو المشهورُ عن مالكٍ . / ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ أقْصَى مُدَّتِه سَنَتانِ . ورُوِىَ[١] ذلك عن عائشةَ . وهو مذهبُ الثَّوْرِىِّ ، وأبى حنيفةَ ؛ لما رَوَتْ جَميلةُ بنتُ سَعْدٍ ، عن عائشةَ : لا تَزِيدُ المرأةُ على السَّنَتَيْنِ فى الحَمْلِ[٢] . ولأنَّ التَّقْديرَ إنَّما يُعْلَمُ بتَوْقِيفٍ أو اتِّفاقٍ ، ولا تَوْقِيفَ هٰهُنا ولا اتِّفاقَ ، إنَّما هو على ما ذكَرْنا ، [٣]وقد وُجِدَ ذلك ، فإنَّ الضَّحَّاكَ بنَ مُزَاحِمٍ[٤] ، وهَرِمَ بن حَيَّانَ[٥] ، حَمَلَتْ أُمُّ كلِّ واحدٍ منهما به سَنَتَيْنِ[٣] ، وقال اللَّيْثُ : أقْصاه ثلاثُ

(١٤٠/٨ و)

---

(١٣) سورة الأحقاف ١٥ .

(١٤) وأخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى أقل الحمل ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٢/٧ . وعبد الرزاق ، فى : باب التى تضع لستة أشهر ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٤٩/٧ – ٣٥١ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تلد لستة أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٦/٢ .

(١٥) فى ب زيادة : « قال » .

(١٦) المعارف ٥٩٥ . وفيه : « عبد الله بن مروان » . خطأ .

(١) سقطت الواو من : الأصل ، ب .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى أكثر الحمل ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٣/٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تلد لستة أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٧/٢ .

(٣–٣) سقط من : ب .

(٤) ذكر ابن قتيبة ، أنه ولد وهو ابن ستة عشر شهرا . المعارف ٥٩٤ .

(٥) ذكر ابن قتيبة أيضا ، أنه حُمِل به أربع سنين ؛ ولذلك سمى هرما . المعارف ٥٩٥ .

سِنِينَ ، حَمَلَتْ مولاةٌ لعمرَ بن عبدِ الله ثلاثَ سنِينَ . وقال عَبَّادُ بن العَوَّامِ : خَمْسُ سنينَ . وعن الزُّهْرِيِّ قال : قد تَحْمِلُ المرأةُ سِتَّ سِنِينَ وسَبْعَ سِنِينَ . وقال أبو عُبَيْدٍ : ليس لأَقْصاه وَقْتٌ يُوقَفُ عليه . ولَنا ، أنَّ ما لا نَصَّ فيه[٦] ، يُرْجَعُ فيه إلى الوُجُودِ ، وقد وُجِدَ الحملُ لأَرْبَعِ[٧] سِنِينَ ، فروَى الوليدُ بن مُسْلِمٍ قال : قلتُ لمالِكِ بن أنسٍ : حَديثُ جَميلةَ بنت سَعْدٍ ، عن عائشةَ : لا تَزيدُ المرأةُ على السَّنَتينِ في الحَمْلِ . قال مالكٌ : سُبْحانَ الله ، مَنْ يقولُ هذا ؟ هذه جارَتُنا امرأةُ محمدِ بن عَجْلان [٨]تَحْمِلُ أرْبَعَ سِنِينَ قبلَ أن تَلِدَ[٩] . وقال الشافعيُّ : بَقِيَ محمدُ بن عَجْلان[٨] في بَطْنِ أُمِّه أرْبَعَ سِنِينَ[١٠] . وقال أحمدُ : نِساءُ بنى عجْلانَ يَحْمِلْنَ أرْبَعَ سنينَ ، وامرأةُ عَجْلانَ حَمَلَتْ ثلاثَ بُطُونٍ ، كلَّ دَفْعةٍ أرْبَعَ سِنِين . وبَقِيَ محمدُ بن عبدِ الله بن الحسنِ بن [١١]الحسنِ بن عليٍّ[١١] في بَطْنِ أُمِّه أرْبَعَ سِنِينَ . وهكذا إبراهيمُ بن نَجِيحٍ العُقَيْلِيُّ ، حَكَى ذلك أبو الخَطَّابِ . وإذا تَقَرَّرَ وُجُودُه ، وَجَبَ أن يُحْكَمَ به ، ولا يُزادَ عليه ؛ لأنَّه ما وُجِدَ ، ولأنَّ عمرَ ضَرَبَ لامرأةِ المَفْقُودِ أرْبَعَ سِنِينَ ، ولم يكن[١٢] ذلك إلَّا لأنَّه غايةُ الحَمْلِ ، ورُوِىَ ذلك عن عثمانَ ، وعليٍّ ، وغيرِهما . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ المرأةَ إذا وَلَدَتْ لأَرْبَعِ سِنِينَ فما دُونَ ، من يَوْمِ مَوْتِ[١٣] الزَّوْجِ أو طَلَاقِه ، ولم تَكُنْ تَزَوَّجَتْ ، ولا وُطِئَتْ ، ولا انْقَضَتْ عِدَّتُها بالقُرُوءِ ، ولا بوَضْعِ الحَمْلِ ، فإنَّ الوَلَدَ لاحِقٌ[١٤] بالزَّوْجِ ، وعِدَّتُها مُنْقَضِيةٌ به .

---

(٦) سقط من : م .
(٧) فى الأصل ، ب : « أربع » .
(٨-٨) سقط من : ب .
(٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى أكثر الحمل ، من كتاب العدد . السنن ٧/٤٤٣ .
(١٠) ذكر ابن قتيبة ، أن محمد بن عجلان حُمِل به أكثر من ثلاث سنين ، فلما ولد كانت قد نبتت أسنانه . المعارف ٥٩٥ .
(١١-١١) سقط من : الأصل . وفى ب : « الحسين » مكان : « الحسن » .
(١٢) فى ب : « يذكر » .
(١٣) فى ا : « مات » .
(١٤) فى الأصل ، م : « لحق » .

فصل : وإن أتَتْ بالولدِ (15 بعدَ أرْبَعِ 15) سِنِينَ منذُ مات ، أو بانَتْ منه بطَلاقٍ أو فَسْخٍ أو انْقضاءِ عِدّتِها إن كانت رَجْعِيّةً ، لم يَلْحَقْه وَلَدُها ؛ لأنَّنا نَعْلَمُ أنَّها عَلِقتْ به بعدَ زَوَالِ النكاحِ ، والبَيْنُونةِ منه ، وكَوْنِها قد صارَتْ منه أجْنَبِيَّةً ، فأشْبَهتْ سائرَ الأجْنَبِيَّاتِ . ومفهومُ كلامِ الْخِرَقِيِّ ، أنَّ عِدّتَها لا تَنْقَضِي به ؛ لأنَّه[16] يَنْتَفِي عنه بغيرِ لِعَانٍ ، فلم تَنْقَضِ عِدّتُها منه بوَضْعِه ، كما لو أتَتْ به لأقلَّ / من سِتّةِ أشْهُرٍ منذُ نَكَحَها . 8/140ظ وقال[17] أبو الخَطَّابِ : هل تَنْقَضِي به العِدَّةُ ؟ على وَجْهَيْنِ . وذكر القاضي أنَّ عِدّتَها تَنْقَضِي به ، وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه وَلَدٌ يُمْكِنُ أن يكونَ منه بعدَ نِكاحِه ، بأن يكونَ قد وَطِئَها بشُبْهةٍ ، أو جَدَّدَ نِكاحَها ، فوَجَبَ أن تَنْقَضِيَ به العِدَّةُ ، وإن لم يلْحَقْ به ، كالوَلَدِ المَنْفِيِّ باللِّعانِ ، وبهذا فارَقَ الذى أتَتْ به لأقلَّ من سِتّةِ أشْهُرٍ ، فإنَّه يَنْتَفِي عنه يَقِينًا . ثم ناقَضُوا قولَهم ، فقالوا : لو تَزَوَّجَتْ فى عِدَّتِها ، وأتَتْ بولدٍ لأقلَّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ من حينَ دَخَلَ بها الثانى ، ولأكْثَرَ من أرْبعِ سِنِينَ من حِينَ بانَتْ من الأوَّلِ ، فالوَلَدُ مُنْتَفٍ عنهما ، ولا تَنْقَضِي عِدَّتُها بوَضْعِه عن واحدٍ منهما . وهذا أصَحُّ ؛ فإنَّ احْتمالَ كَوْنِه منه ، لم يَكْفِ فى إثْباتِ نَسَبِ الوَلَدِ منه ، مع أنَّه يَثْبُتُ بمُجَرَّدِ الإمْكانِ ، فلأنْ لا يَكْفِي فى انْقضاءِ العِدَّةِ أَوْلَى وأحْرَى . وما ذكَرُوه مُنْتَقِضٌ بما سَلَّمُوه . وما ذكَرُوه من الفَرْقِ بين هذا وبين الذى أتَتْ به قبلَ[18] سِتَّةِ أشْهُرٍ غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ أصابَها قبلَ نِكَاحِها بشُبْهةٍ ، أو بنكاحٍ غيرِ هذا النكاحِ الذى أتَتْ بالولدِ فيه ، فاسْتَوَيا . وأما المَنْفِيُّ باللِّعانِ فإنَّا نَفَيْنا الوَلَدَ عن الزَّوجِ بالنِّسْبةِ إليه ، ونَفَيْنا حُكْمَه فى[19] كَوْنِه منه بالنِّسْبةِ إليها ، حتى أوْجَبْنا الحَدَّ على قاذِفِها وقاذِفِ وَلَدِها ، وانْقضاءُ عِدَّتِها من الأحْكامِ المُتعلِّقةِ بها دُونَه ، فثَبَتَتْ[20] .

(15-15) فى م : « لأربع » .

(16) فى م زيادة : « لا » .

(17) سقطت الواو من : م .

(18) فى ب ، م : « لأقل من » .

(19) فى ب : « عن » .

(20) فى الأصل : « فثبت » .

فصل : وإن أقَرَّتِ المرأةُ بانْقضاءِ عِدَّتِها بالقُرُوءِ ، ثم أتَتْ بولدٍ لِستَّةِ أشْهُرٍ فصاعِدًا من بعدِ انْقِضائِها ، لم يَلْحَقْ نَسَبُه بالزَّوْجِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، وابن سُرَيْج ، وقال مالكٌ ، والشافعيُّ : يَلْحَقُ به ، ما لم تتزَوَّجْ ، أو يبْلُغْ أرْبعَ سِنِين . وكلام الخِرَقِيِّ يَحْتَمِلُ ذلك ؛ فإنَّه أطْلَقَ قَوْلَه : إذا أتَتْ بوَلَدٍ بعدَ طَلاقِه أو مَوْتِه بأرْبع سنين لَحِقَه الولدُ ؛ وذلك لأنَّه وَلَدٌ يُمْكِنُ كَوْنُه منه ، وليس معه مَنْ هو أوْلَى منه ، ولا مَنْ يُساوِيه ، فوَجَبَ أن يلْحَقَ به ، كما لو أتَتْ به بعدَ عَقْدِ النكاحِ . ولَنا ، أنَّها أتَتْ به بعدَ الحُكْمِ بقَضاءِ عِدَّتِها ، وحِلِّ النكاحِ لها بمُدَّةِ[21] الحَمْلِ ، فلم يلْحَقْ به ، كما لو أتَتْ به بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها بوَضْعِ حَمْلِها لمُدَّةِ الحَمْلِ ، وإنَّما يُعْتَبَرُ الإمْكانُ مع بَقاءِ النكاحِ أو آثارِه ، وقد زال ذلك . وإن انْقَضَتْ عِدَّتُها[22] بالشُّهورِ ، ثم أتَتْ بولدٍ لِدُونِ أرْبعِ سِنِينَ ، لَحِقَه نَسَبُه ؛ لأنَّها إن[23] كانت تَدَّعِى / الإياسَ ، تبيَّنَّا كَذِبَها ، فإنَّ مَنْ تَحْمِلُ ليست بآيِسَةٍ ، وإن كانتْ من اللَّائِى لم يَحِضْنَ ، أو مُتَوَفًّى عنها ، لَحِقَه وَلَدُها ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ فى حَقِّها ما يُنافِى كَوْنَها حامِلًا .

8/141و

فصل : وإذا مات الصغيرُ الذى لا يُولَدُ لِمثْلِه عن زَوْجَتِه ، فأتَتْ بوَلَدٍ ، لم يَلْحَقْه نَسَبُه ، ولم تَنْقَضِ العِدَّةُ بوَضْعِه ، وتَعْتَدُّ[24] بالأشْهُرِ[25] . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : إن مات وبها حَمْلٌ ظاهرٌ ، اعْتَدّتْ عنه بالوَضْعِ ، وإن ظَهَرَ الحملُ بها بعد مَوْتِه ، لم تَعْتَدَّ به . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى الصَّبِىِّ مثلُ قولِ أبى حنيفةَ . وذَكَرَه ابنُ أبى مُوسَى ، قال أبو الخطاب : وفيه بُعْدٌ . وهكذا الخِلافُ فيما إذا تَزَوَّجَ بامرأةٍ ، ودَخَلَ بها ، وأتَتْ بولدٍ لدُونِ[26] سِتَّةِ أشْهُرٍ من حينِ عَقْدِ النِّكاحِ ، فإنَّها لا تَعْتَدُّ بوَضْعِه

---

(21) فى الأصل ، ا : « لمدة » .
(22) سقط من : ب ، م .
(23) سقط من : الأصل .
(24) سقط من : ا ، م .
(25) سقط من : م .
(26) فى ب : « دون » .

عندَنا ، وعندَه تَعْتَدُّ به ، واحْتجَّ بقوله تعالى : ﴿ وَأُولَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . ولَنا ، أنَّ هذا حملٌ مَنْفِيٌّ عنه يَقِينًا ، فلم تَعْتَدَّ بوَضْعِه ، كما لو ظَهَرَ بعدَ مَوْتِه ، والآيةُ واردةٌ فى المُطَلَّقاتِ ، ثم هى مَخْصُوصةٌ بالقِياسِ الذى ذكرْناه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ عِدَّتَها تَنْقَضِى بوَضْعِ الحَمْلِ من الوَطْءِ الذى عَلِقَتْ به منه ، سواءٌ كان هذا الوَلَدُ مُلْحَقًا بغيرِ الصَّغيرِ ، مثل أن يكونَ من عَقدٍ فاسدٍ ، أو وَطْءِ شُبْهةٍ ، أو كان من زِنًى لا يَلْحَقُ بأحدٍ ؛ لأنَّ العِدَّةَ تجبُ من كلِّ وَطْءٍ ، فإذا وَضَعَتْه اعْتَدَّتْ من الصَّبِىِّ بأرْبَعةِ أشْهُرٍ وعَشْرٍ ؛ لأنَّ العِدَّتَيْنِ من رَجُلَيْنِ لا يَتَداخَلَان . وإن كانت الفُرْقَةُ فى الحياةِ بعدَ الدُّخولِ ، كزَوْجةِ كبيرٍ دَخَلَ بها ، ثم طَلَّقَها ، وأتَتْ بولدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ تزَوَّجها ، فإنَّها تعْتدُّ بعدَ وَضْعِه بثلاثةِ قُرُوءٍ . وكذلك إذا طَلَّقَ الخَصِىُّ المَجْبُوبُ امْرأتَه ، أو ماتَ عنها ، فأتَتْ بولدٍ ، لم يَلْحَقْه نَسَبُه ، ولم تَنْقَضِ عِدَّتُها بوَضْعِه ، وتَنْقَضِى به عِدَّةُ الوَطْءِ ، ثم تستأنِفُ عِدَّةَ الطلاقِ ، أو عِدَّةَ الوَفاةِ ، على ما بيَّنَّاه . وذكر القاضى أنَّ ظاهرَ[27] كلامِ أحمدَ ، أنَّ الوَلَدَ يَلْحَقُ به ؛ لأنَّه قد يُتَصَوَّرُ منه الإنْـزالُ ، بأن يَحُكَّ مَوْضِعَ ذَكَرِه بفَرْجِها فيُنْزِلَ . فعلى هذا القولِ يَلْحَقُ به ؛ الولدُ ، وتَنْقَضِى به العِدَّةُ . والصحيحُ أنَّ هذا لا يَلْحَقُ به ولدٌ ؛ لأنَّه لم تَجْرِ به عادَةٌ ، فلا يَلْحَقُ به ولَدُها ، كالصَّبِىِّ الذى لم يَبْلُغْ عَشْرَ سِنِينَ . ولو تَزَوَّجَ امرأةً فى مَجْلسِ الحاكِمِ ، ثم طَلَّقَها فى المجلسِ ، [28]أو تزَوَّجَ المَشْرِقِىُّ بالمَغْرِبِيَّةِ / ، ثم أتَتْ بوَلَدٍ لا يُمْكِنُ أن يكونَ منه بعدَ اجْتماعِهِما بمُدَّةِ الحَمْلِ[28] ، فإنَّه لا يَلْحَقُه نَسَبُه ، ولا تَنْقَضِى العِدَّةُ بوَضْعِه .

٨/١٤١ظ

١٣٥٤ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، فَلَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا حَتَّى تَزَوَّجَتْ مَنْ أَصَابَهَا ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وبَنَتْ عَلَى مَا مَضَى مِنْ عِدَّةِ الأَوَّلِ ، ثُمَّ اسْتَقْبَلَتِ الْعِدَّةَ مِنَ الثَّانِى)

---

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨–٢٨) سقط من : ب .

وجملةُ الأمرِ أنَّ المُعْتَدَّةَ لا يجوزُ لها أن تَنْكِحَ فى عِدَّتِها ، إجماعًا ، أىَّ عِدَّةٍ كانتْ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَـٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾[1] . ولأنَّ العِدَّةَ إنَّما اعْتُبِرَتْ لمَعْرِفةِ بَراءةِ الرَّحِمِ ، لئَلَّا يُفْضِىَ إلى اخْتِلاطِ المِيَاهِ ، وامْتِزاجِ الأنْسابِ . وإن تَزَوَّجَتْ ، فالنِّكاحُ باطِلٌ ؛ لأنَّها مَمْنُوعةٌ من النكاحِ لِحَقِّ الزَّوْجِ الأوَّلِ ، فكان نِكاحًا[2] باطِلًا ، كما لو تزوَّجَتْ وهى فى نِكاحِهِ ، ويَجِبُ أن يُفَرَّقَ بينَه وبينَها ، فإن لم يَدْخُلْ بها ، فالعِدَّةُ بحالِها ، ولا تَنْقَطِعُ بالعَقْدِ الثانى ؛ لأنَّه باطلٌ لا تَصِيرُ به المرأةُ فِرَاشًا ، ولا يُسْتَحَقُّ عليه بالعَقْدِ شىءٌ، وتَسْقُطُ[3] سُكْناها ونَفَقَتُها عن الزَّوْجِ الأوَّلِ ؛ لأنَّها ناشِزٌ . وإن وَطِئَها ، انقطَعتِ العِدَّةُ ، سَواءٌ عَلِمَ التَّحْريمَ أو جَهِلَه . وقال أبو حنيفةَ : لا تَنْقَطِعُ ؛ لأنَّ كَوْنَها فراشًا لغيرِ مَنْ له العِدَّةُ لا يَمْنَعُها ، كما لو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ[4] وهى زَوْجَةٌ ، فإنَّها تَعْتَدُّ ، وإن كانت فِراشًا للزوجِ . وقال الشافعىُّ[5] : إن وَطِئَها عالمًا بأنَّها مُعْتَدَّةٌ ، وأنَّها[6] تَحْرُمُ ، فهو زَانٍ ، فلا تَنْقَطِعُ العِدَّةُ بوَطْئِه ؛ لأنَّها لا تَصِيرُ به فِراشًا ، [7]ولا يَلْحَقُ به نَسَبٌ ، وإن كان جاهلًا أنَّها مُعْتَدَّةٌ ، أو بالتَّحْريمِ ، انْقطَعتِ العِدَّةُ بالوَطْءِ ؛ لأنَّها تصيرُ به فِراشًا[7] ، والعِدَّةُ تُرادُ للاسْتِبْراءِ ، وكونُها فِراشًا يُنافِى ذلك ، فوَجَبَ أن يَقْطَعَها ، فأمَّا طَرَيانُه عليها ، فلا يَجُوزُ . ولَنا ، أنَّ هذا وَطْءٌ بشُبْهةِ نِكاحٍ ، فتَنْقَطِعُ به العِدَّةُ ، كما لو جَهِلَ . وقولُهم : إنَّها لا تصيرُ به[8] فِراشًا . قُلْنا : لكنَّه لا يَلْحَقُ نَسَبُ الوَلَدِ الحادِثِ من وَطْئِه بالزَّوجِ الأوَّلِ ، فهما شَيْئان . إذا ثَبَتَ هذا ، فعليه فِراقُها ، فإن لم يَفْعَلْ ، وَجَبَ التَّفْريقُ بينهما ، فإن فارَقَها أو فُرِّقَ بينهما ، وَجَبَ عليها

---

(١) سورة البقرة ٢٣٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م زيادة : « شىء » خطأ .

(٤) فى ب : « لشبهة » .

(٥) فى م : « القاضى » .

(٦) فى الأصل ، ا ، ب : « وأنه » .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) سقط من : ب .

أن تُكْمِلَ عِدَّةَ الأوَّلِ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ، وعِدَّته وَجَبَتْ عن وَطْءٍ فى نكاحٍ صحيحٍ ، فإذا أكْمَلتْ عِدَّةَ الأوَّلِ ، وَجَبَ عليها أن تَعْتَدَّ من الثانى ، ولا تتداخَلُ العِدَّتانِ ؛ لأنَّهما من رَجُلَيْنِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : يتداخَلانِ ، فتَأْتِى بثَلاثةِ قُرُوءٍ بعدَ مُفارَقةِ الثانى ، تكونُ عن بَقيَّةِ عِدَّةِ الأوَّلِ وعِدَّةً لِلثانى[9] ؛ لأنَّ القَصْدَ مَعْرفةُ بَراءةِ الرَّحِمِ ، وهذا تَحْصُلُ به بَراءةُ الرَّحِمِ منهما[10] جميعًا . ولَنا ، ما رَوَى مالكٌ[11] ، / عن ابن شِهَابٍ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وسليمانَ بن يَسَارٍ ، أن طُلَيْحةَ كانت تحتَ رَشِيدٍ الثَّقَفِىِّ ، فطَلَّقَها ، ونَكحَتْ[12] غيرَه فى عِدَّتِها ، فضَرَبها عمرُ بن الخطَّاب ، وضَرَبَ زَوْجَها ضَرَباتٍ بمِخْفَقَةٍ ، وفَرَّقَ بينهما . ثم قال : أيُّما امْرأةٍ نَكَحَتْ فى عِدَّتِها ، فإن كان زَوْجُها الذى تَزَوَّجَها لم يَدْخُلْ بها ، فُرِّقَ بينهما ، ثم اعْتَدَّتْ بَقيَّةَ عِدَّتِها من زَوْجِها الأوَّل ، وكان خاطِبًا من الخُطَّابِ ، وإن كان دَخَلَ بها ، فُرِّقَ بينهما ، ثم اعْتَدَّتْ بقِيَّةَ عِدَّتِها من الأوَّل ، ثم اعْتَدَّتْ من الآخِرِ ، ولا يَنْكِحُها أبدًا . ورَوَى ، بإسْنادِه عن علىٍّ أنَّه قَضَى فى التى تَزَوَّجُ فى عِدَّتِها ، أنَّه يُفَرَّقُ بينهما ، ولها الصَّداقُ بما اسْتَحَلَّ من فَرْجِها ، وتُكْمِلُ ما أفْسَدَتْ من عِدَّةِ الأوَّلِ ، وتَعْتَدُّ من الآخِرِ[13] ، وهذان قَوْلَا سَيِّدَيْنِ من الخُلَفاءِ[14] ، لم يُعْرَفْ لهما فى الصَّحابةِ مُخالِفٌ ، ولأنَّهما حَقَّانِ مَقْصُودانِ لآدَمِيَّيْنِ ، فلم يَتداخَلَا ، كالدَّيْنَيْنِ واليَمِينَيْنِ ، ولأنَّه حَبْسٌ يَسْتَحِقُّه الرِّجالُ

١٤٢/٨ و

---

(٩) فى ب ، م : « الثانى » .

(١٠) فى ا ، ب ، م : « منهم » .

(١١) فى : باب جامع ما لا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٣٦/٢ .

كما أخرجه الإمام الشافعى ، فى : الباب الخامس فى العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٥٦/٢ ، ٥٧ .

وعبد الرزاق ، فى : باب نكاحها فى عدتها ، من كتاب الطلاق ٢١٠/٦ .

(١٢) فى م : « ونكحها » .

(١٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب اجتماع العدتين ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤١/٧ . والإمام الشافعى ، انظر : الباب الخامس فى العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٥٧/٢ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى المرأة تزوج فى عدتها ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٧٠/٥ .

(١٤) فى ا زيادة : « الراشدين » .

على النِّساءِ ، فلم يَجُزْ أن تكونَ المرأةُ فى حَبْسِ رَجُلَيْنِ كحَبْسِ الزَّوْجِيَّةِ[15] .

١٣٥٥ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَهُ أنْ يَنْكِحَها بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّتَيْنِ)

يعنى للزَّوْجِ الثانى أن يتزوّجها بعدَ انْقِضاءِ[1] العِدَّتَيْنِ . فأمَّا الزَّوجُ الأوَّلُ ، فإن كان طَلَاقُه ثلاثًا ، لم تَحِلَّ له بهذا النكاحِ وإن وَطِئَ فيه ؛ لأنَّه نِكاحٌ باطلٌ ، وإن كان طَلَاقُه دُونَ الثَّلاثِ ، فله نِكاحُها أيضًا بعدَ العِدَّتَيْنِ . وإن كانتْ رَجْعِيَّةً ، فله رَجْعَتُها فى عِدَّتِها منه . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّها تَحْرُمُ على الزَّوْجِ الثانى على التَّأْبِيدِ . وهو قولُ مالكٍ ، وقَدِيمُ قَوْلَيِ الشافعىِّ ؛ لقولِ عمرَ : لَا يَنْكِحُها أبدًا[2] . ولأنَّه اسْتَعْجَلَ الحَقَّ قبل وَقْتِه[3] ، فحُرِمَه فى وَقْتِه ، كالوارِثِ إذا قَتَلَ مُوَرِّثَه ، ولأنَّه يُفْسِدُ النَّسَبَ ، فيُوقِعُ التَّحْرِيمَ المُؤَبَّدَ ، كاللِّعانِ . وقال الشافعىُّ فى الجَدِيدِ : له نِكاحُها بعدَ قضاءِ[4] عِدَّةِ الأوَّلِ ، ولا يُمْنَعُ من نِكاحِها فى عِدَّتِها منه ؛ لأنَّه[5] وَطْءٌ يَلْحَقُ به النَّسَبُ ، [6]فلا يَمْنَعُ[6] من نِكاحِها فى عِدَّتِها منه ، كالوَطْءِ فى النِّكاحِ ، ولأنَّ العِدَّةَ إنَّما شُرِعَتْ حِفْظًا للنَّسَبِ ، وصيانةً للماءِ ، والنَّسَبُ لاحِقٌ به هٰهُنا ، فأشْبَهَ ما لو خالَعَها ثم نَكَحَها فى عِدَّتِها ، وهذا حَسَنٌ[7] مُوافِقٌ للنَّظَرِ . ولَنا ، على إباحَتِها بعدَ العِدَّتَيْنِ ، أنَّه لا يَخْلُو ؛ إمَّا أن يكونَ تَحْرِيمُها[8] بالعَقْدِ ، أو بالوَطْءِ فى النكاحِ الفاسِدِ ، أو بهما ، وجميعُ ذلك لا يَقْتَضِى التَّحْرِيمَ ، بدليلِ ما لو نَكَحَها بلا وَلِيٍّ ووَطِئَها ، ولأنَّه / لو زَنَى بها ، لم تَحْرُمْ ٨/١٤٢ظ

---

(١٥) فى ب ، م : « الزوجة » .

(١) فى الأصل ، ا : « قضاء » .

(٢) تقدم فى الصفحة السابقة .

(٣) فى ا : « محله » .

(٤) فى م : « انقضاء » . وهو موافق لما فى متن الخرق .

(٥) فى م : « ولأنه » .

(٦ - ٦) سقط من : ب .

(٧) فى الأصل ، ب : « أحسن » .

(٨) فى ا : « تحريما » .

عليه على التَّأْبِيدِ ، فهذا أوْلَى ، ولأنَّ آياتِ الإباحةِ عامَّةٌ ، كقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُم ﴾[9] . وقوله : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ﴾[10] . فلا يجوزُ تَخْصِيصُها بغيرِ دليلٍ ، وما رُوِىَ عن عمرَ فى تَحْرِيمِها ، فقد خالَفَه علىٌّ فيه ، ورُوِىَ عن عمرَ ، أنَّه رَجَعَ عن قولِه فى التَّحْرِيمِ إلى قولِ علىٍّ ، فإنَّ عَلِيًّا قال : إذا انْقَضَتْ عِدّتُها ، فهو خاطِبٌ من الخُطَّابِ . فقال عمرُ : رُدُّوا الْجَهالاتِ إلى السُّنَّةِ . ورَجَعَ إلى قولِ علىٍّ[11] . وقِياسُهُم يَبْطُلُ بما إذا زَنَى بها ، فإنَّه قد استَعْجَلَ وَطْأَها ، ولا تَحْرُمُ عليه على التَّأْبِيدِ . وَوَجْهُ تحريمِها[12] قبلَ انْقِضاءِ[13] عِدَّةِ الثانى عليه قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَـٰبُ أَجَلَهُ ﴾[14] . ولأنَّه وَطْءٌ يَفْسُدُ به النَّسَبُ ، فلم يَجُزِ النِّكاحُ فى العِدَّةِ منه ، كوَطْءِ الأجْنَبِىِّ .

فصل : وكلُّ مُعْتَدَّةٍ من غيرِ النِّكاحِ الصَّحِيحِ ، كالزَّانِيةِ ، والمَوْطُوءةِ بشُبْهةٍ ، أو فى نكاحٍ فاسدٍ ، فقِياسُ المذهبِ تحْريمُ نِكاحِها على الواطئِ وغيرِه . والأَوْلَى حِلُّ نِكاحِها لمَنْ هى مُعْتَدّةٌ منه ، إن كان يَلْحَقُه نَسَبُ وَلَدِها ؛ لأنَّ العِدَّةَ لِحفْظِ مائِه ، وصِيانةِ نَسَبِه ، ولا يُصانُ ماؤُه المُحَرَّمُ[15] عن مائِه المُحْتَرَمِ ، ولا يُحْفَظُ نَسَبُه عنه ، ولذلك أُبِيحَ للمُخْتَلعةِ نكاحُ مَنْ خالَعَها ، ومَنْ لا يَلْحَقُه نَسَبُ وَلَدِها كالزَّانِيَةِ ، لا يَحِلُّ له نِكاحُها ؛ لأنَّ نِكاحَها يُفْضِى إلى اشْتِباه النَّسَبِ ، فالواطئُ كغيرِه ، فى أنَّ الوَلَدَ لا يَلْحَقُ نَسَبُه بواحدٍ منهما .

---

(٩) سورة النساء ٢٤ .

(١٠) سورة المائدة ٥ .

(١١) أخرجه البيهقى ، فى : باب الاختلاف فى مهرها وتحريم نكاحها على الثانى ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤١/٧ ، ٤٤٢ . وسعيد بن منصور ، فى : باب من راجع امرأته وهو غائب ، من كتاب الطلاق . السنن ٣١٤/١ .

(١٢) فى م زيادة : « عليه » .

(١٣) فى ا ، ب : « قضاء » .

(١٤) سورة البقرة ٢٣٥ .

(١٥) فى الأصل ، ا ، م : « المحترم » .

١٣٥٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ أتَتْ بِوَلَدٍ يُمْكِنُ أنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، أُرِىَ الْقَافَةَ ، وأُلْحِقَ بِمَنْ أَلْحَقُوهُ مِنْهُمَا ، وانْقَضَتْ عِدَّتُها مِنْهُ ، واعْتَدَّتْ لِلآخرِ)

وجملته أنَّها إذا كانت حامـلًا ، انْـقَضتْ عِدّتُهـا منـه[1] بوَضْع حَمْلِهـا ؛ لقولـه سبحانه : ﴿ وَأُولَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[2] . ثم نَنْظُرُ ؛ فإن كان يُمْكِنُ أنْ يكونَ من الأوَّلِ دون الثانى ، وهو أن تَأْتِىَ به لِدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ من وَطْءِ الثانى ، وأرْبَعِ سِنِينَ فما دُونَها من فِرَاقِ الأوَّلِ ، فإنَّه يَلْحَقُ بالأَوَّلِ ، وتَنْقَضِى عِدَّتُهـا[3] منـه بوَضْعِه ، ثم تَعْتَدُّ بثلاثةِ قُرُوءٍ عن الثانى . وإن أمْكَنَ كَوْنُـه من الثـانى وَحْـدَهُ[4] دونَ الأوَّلِ ، وهو أن تَأْتِىَ به لِستَّةِ أشْهُرٍ فما زاد إلى أرْبعِ سِنِينَ من وَطْءِ الثانى ، ولأكثرَ من أرْبَعِ سِنِينَ منذُ بانَتْ من الأوَّلِ ، فهو مُلْحَقٌ[5] بالثانى دُونَ الأوَّلِ ، فتَنْقَضِى به عِدَّتُها من الثانى ، ثم تُتِمُّ عِدَّةَ الأوَّلِ . وتُقدَّمُ عِدَّةُ الثانى هٰهُنا على عِدَّةِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يكونَ / الحملُ من إنسانٍ والعِدَّةُ من غيرِه . وإن أمْكَنَ أن يكونَ منهما ، وهو أن تأْتِىَ به لِستَّةِ أشْهُرٍ فصاعِدًا من وَطْءِ الثانى ، ولأرْبَعِ سِنِينَ ، فما دُونَها من بَيْنُونَتِها من الأوَّلِ ، أُرِىَ الْقافةَ ، فإن أَلْحَقَتْه[6] بالأوَّلِ ، لَحِقَ به ، كما لو أمْكَنَ أن يكونَ منه دُونَ الثانى ، وإنْ أَلْحَقَتْه بالثانى ، لَحِقَ به ، وكان الحُكْمُ كما لو أمْكَنَ كَوْنُه من الثانى دُون الأوَّلِ . وإن[7] أَشْكَلَ أمْرُه على الْقافةِ ، أو لم تكنْ قافةٌ ، لَزِمَها أن تَعْتَدَّ بعدَ وَضْعِه بثلاثةِ قُرُوءٍ ؛ لأنَّه إن كان من الأوَّلِ ، فقد أتَتْ بما عليها من عِدَّةِ الثانى ، وإن كان من الثانى ، فعليها أن تُكْمِلَ عِدَّةَ الأوَّلِ ، ليَسْقُطَ الفَرْضُ بيَقِينٍ . فأمَّا الولدُ ، فقال أبو بكر : يَضِيعُ نَسَبُه ؛

١٤٣/٨ و

---

(١) سقط من : ا .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) فى م زيادة : « به » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى م : « ملصق » .

(٦) فى ا : « ألحقوه » .

(٧) فى ب ، م : « فإن » .

لأنَّه لا دَلِيلَ على نِسْبَتِه إلى واحدٍ منهما ، فأشْبَهَ ما لو كان مَجْنُونًا ، لم يَنْتَسِبْ إلى واحدٍ منهما . وقال أبو عبدِ الله ابنُ حامدٍ : يُتْرَكُ حتى يَبْلُغَ ، فيَنْتَسِبَ إلى أحدِهما ، وإن أَلْحَقَتْه القافةُ بهما ، لَحِقَ بهما . ومُقْتَضَى المذهبِ أن تَنْقَضِيَ عِدَّتُها به منهما جميعًا ؛ لأنَّ نَسَبَه ثَبَتَ منهما ، كما تَنْقَضِي عِدَّتُها به من الواحِدِ الذى يَثْبُتُ نَسَبُه منهما . وإن نَفَتْه القافةُ عنهما ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو أشْكَلَ أمرُه ، وتَعْتَدُّ بعدَ وَضْعِه بثلاثِ قُرُوءٍ ، ولا يَنْتَفِي عنهما بقَوْلِ الْقافةِ ؛ لأنَّ عملَ الْقافةِ فى تَرْجِيحِ أحدِ صاحِبَي الْفِراشِ ، لا فى النَّفْى عن الفِرَاشِ كلِّه ، ولهذا لو كان صاحبُ الفِرَاشِ واحدًا فنَفَتْه[8] القافةُ عنه ، لم يَنْتَفِ عنه بقولِها . فأمَّا إن وَلَدَتْ لدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ من وَطْءِ الثانى ، ولأكْثَرَ من أرْبَعِ سِنِينَ من فِرَاقِ الأوَّلِ ، لم يَلْحَقْ بواحِدٍ منهما ، ولا تَنْقَضِي به عِدَّتُها منه ؛ لأنَّنا نعلمُ أنَّه من وَطْءٍ آخرَ ، فتَنْقَضِي به عِدَّتُها من ذلك الوَطْءِ ، ثم تُتِمُّ[9] عِدَّةَ الأوَّلِ ، وتَسْتَأْنِفُ عِدَّةَ الثانى ؛ لأنَّه قد وُجِدَ ما يقْتَضِي عِدَّةً ثالثةً ، وهو الوَطْءُ الذى حَمَلَتْ منه ، فتجِبُ عليها عِدَّتانِ ، وإتمامُ العِدَّةِ الأُولَى .

فصل : وإذا تزَوَّجَ مُعْتَدَّةً ، وهما عالمانِ بالعِدَّةِ ، وتَحْرِيمِ النكاحِ فيها ، ووَطِئَها ، فهما زانِيَان ، عليهما حَدُّ الزِّنَى ، ولا مَهْرَ لها ، ولا يَلْحَقُه النَّسَبُ . وإن كانا جاهِلَيْنِ بالعِدَّةِ ، أو بالتَّحْرِيمِ ، ثَبَتَ النَّسَبُ ، وانْتَفَى الحَدُّ ، ووَجَبَ المهرُ . وإن عَلِمَ هو دُونَها ، فعليه الْحَدُّ والمَهْرُ ، ولا نَسَبَ له . وإن عَلِمَتْ هى دُونَه ، فعليها الْحَدُّ ، ولا مَهْرَ لها ، والنَّسَبُ لاحِقٌ به . وإنَّما[10] كان كذلك ؛ لأنَّ هذا نكاحٌ[11] مُتَّفَقٌ على بُطْلانِه ، فأشْبَهَ نكاحَ ذَواتِ مَحارِمِه .

١٤٣/٨ ظ / **فصل** : وإذا خالَعَ الرجلُ زَوْجَتَه ، أو فَسَخَ نِكاحَه ، فله أن يتَزَوَّجها فى عِدَّتِها . فى قولِ جُمْهورِ الفقهاءِ . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والزُّهْرِيُّ ،

---

(٨) فى الأصل ، ا : « فنفت » .

(٩) فى ا : « تتمم » .

(١٠) فى الأصل : « وإن مات » .

(١١) فى ا : « النكاح » .

والحسنُ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وشَذَّ بعضُ المتأخِّرِينَ ، فقال : لا يَحِلُّ له نِكاحُها ، ولا خِطبتُها ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ . ولَنا ، أن العِدَّةَ لحِفْظِ نَسَبِه ، وصِيَانةِ مائِه ، ولا يُصانُ ماؤُه عن مائِه إذا كانا من نكاحٍ صحيحٍ ، فإذا تزَوَّجَها ، انْقطَعتِ العِدَّةُ ؛ لأنَّ المرأةَ تصيرُ فراشًا له بعَقْدِه ، ولا يجوزُ أن تكون زَوْجتُه[12] مُعْتدَّةً . فإن وَطِئَها ، ثم طَلَّقَها ، لَزِمَتْها عِدَّةٌ مُسْتَأْنفةٌ ، ولا شيءَ عليها من الأُولَى ؛ لأنَّها قد انْقطَعتْ وارْتفعتْ . وإن طَلَّقَها قبلَ أن يَمَسَّها ، فهل تستأْنِفُ العِدَّةَ ، أو تَبْنِى على ما مَضَى ؟ قال القاضى : فيه روَايتَان ؛ إحْداهما ، تسْتأْنِفُ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّه طَلاقٌ لا يَخْلو من عِدَّةٍ ، فأوْجَبَ عدّةً مُستأنفةً ، كالأوَّلِ . والثانية ، لا يَلْزَمُها اسْتِئْنافُ عِدَّةٍ . وهو قولُ الشافعيِّ ، ومحمدِ بن الحسنِ ؛ لأنَّه طلاقٌ فى نكاحٍ قبلَ الْمَسِيسِ ، فلم يُوجِبْ عِدَّةً ، لعُمومِ قولِه سبحانه : ﴿ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾[13] . وذكر القاضى ، فى « كتابِ الرِّوايتَيْنِ » أنَّه لا يَلْزَمُها اسْتِئْنافُ العِدَّةِ ، روايةً واحدةً ، لكنْ يَلْزَمُها إتْمامُ بَقِيَّةِ العِدَّةِ الأُولَى ؛ لأنَّ إسْقاطَها يُفضِى إلى اخْتِلاطِ المِياهِ ، لأنَّه يتزَوَّجُ امرأةً ويَطَؤُها ويخْلَعُها ، ثم يتزَوَّجُها ويُطَلِّقُها فى الحالِ ، ويتزوَّجُها الثانى ، فى يومٍ واحدٍ . فإن خَلَعها حامِلًا ثم تزَوَّجَها حاملًا ، ثم طَلَّقَها وهى حاملٌ ، انْقضتْ عِدّتُها بوَضْعِ الحَمْلِ ، على كِلتا الروايتَيْنِ ، ولا نعلمُ فيه مُخالِفًا ، ولا تَنْقضِى عِدّتُها قبلَ[14] وَضْعِ حَمْلِها[14] بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . وإن وَضَعَتْ حَمْلَها قبلَ النِّكاحِ الثانى ، فلا عِدَّةَ عليها للطَّلاقِ من النِّكاحِ الثانى ، بغير خلافٍ أيضًا ؛ لأنَّه نَكَحها بعدَ انْقِضاءِ[15] عِدَّةِ الأوَّلِ . وإن وضَعَتْه[16]

---

(12) فى م : « زوجة » .

(13) سورة الأحزاب 49 .

(14-14) فى م : « وضعها » .

(15) فى الأصل : « قضاء » .

(16) فى ا : « وضعت » .

بعدَ النِّكاحِ الثانى ، وقبلَ طلاقِه ، فمَن قال : يَلْزَمُها اسْتِئْنافُ عِدَّةٍ . أَوْجَبَ عليها الاعْتِدادَ بعدَ طلاقِ الثانى بثلاثةِ قُرُوءٍ . ومَن قال[17] : لا يَلْزَمُها اسْتِئْنافُ عِدَّةٍ . لم يُوجِبْ عليها هٰهُنا عِدَّةً ؛ لأنَّ العِدَّةَ الأُولَى انقضَتْ بوَضْعِ الحملِ ، إذْ لا يجوزُ أن تَعْتَدَّ الحامِلُ بغيرِ وَضْعِه . وإن كانتْ من ذَواتِ القُرُوءِ أو الشُّهورِ[18] ، فنَكَحَها الثانى بعدَ مُضِىِّ / قُرْءٍ أو شَهْرٍ ، ثم مَضَى قُرْءان أو شَهْران قبلَ طَلاقِه من النِّكاحِ الثانى ، فقد ٨/١٤٤و انْقطَعتِ العِدَّةُ بالنكاحِ الثانى ، فإن قُلْنا : تسْتأْنِفُ العِدَّة . فعليها عِدَّةٌ تامَّةٌ ، بثلاثةِ قُرُوءٍ ، أو ثلاثةِ أشْهُرٍ . وإن قُلْنا : تَبْنِى . أَتَمَّتِ العِدَّةَ الأُولَى بقُرْأَيْنِ أو شَهْرَيْنِ .

فصل : وإن طَلَّقَهَا طلاقًا رَجْعِيًّا ، ثم ارْتَجَعها فى عِدَّتِها ووَطِئَها ، ثم طَلَّقها ، انْقطَعتِ العِدَّةُ الأُولَى برَجْعَتِه ؛ لأنَّه زال حُكْمُ الطلاقِ ، وتَسْتأْنِفُ عِدَّةً من الطلاقِ الثانى ؛ لأنَّه طَلاقٌ من نكاحٍ اتَّصَلَ به الْمَسِيسُ . وإن طَلَّقها قبلَ أن يَمَسَّها ، فهل تسْتأْنِفُ عِدَّةً ، أو تَبْنِى على العِدَّةِ الأُولَى ؟ فيه رِوَايتان ؛ أُولاهما ، أنَّها تسْتأْنِفُ ؛ لأنَّ الرَّجْعةَ أزالَتْ شَعَثَ الطلاقِ الأوَّلِ . ورَدَّتْها إلى النِّكاحِ الأوَّلِ ، فصار الطلاقُ الثانى طَلاقًا من نكاحٍ اتَّصَلَ به الْمَسِيسُ . والثانية ، تَبْنِى ؛ لأنَّ الرَّجْعةَ لا تَزِيدُ على النِّكاحِ الجديدِ[19] ، ولو نَكَحَها ثم طَلَّقها قبلَ الْمَسِيسِ ، لم يَلْزَمْها لذلك الطلاقِ عِدَّةٌ ، فكذلك الرجعةُ . فإن فَسَخَ نِكاحَها قبلَ الرَّجْعةِ بخُلْعٍ أو غيرِه ، احْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه حُكْمَ الطلاقِ ؛ لأنَّ مُوجَبَه فى العِدَّةِ مُوجَبُ الطلاقِ ، ولا فَرْقَ بينهما ، واحْتَمَلَ أن تسْتأْنِفَ العِدَّةَ ؛ لأنَّهما جِنْسانِ ، بخلافِ الطَّلاقِ ، وإن لم يَرْتَجِعْها بلَفْظِه ، لكنَّه[20] وَطِئَها فى عِدَّتِها ، فهل تَحْصُلُ بذلك [21]رَجْعةٌ أو لا ؟ فيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، تحصلُ به[21] الرَّجْعةُ ، فيكونُ حكمُها حُكْمَ من ارْتَجَعها بلَفْظِه ثم وَطِئَها ،

---

(١٧) سقط من : الأصل ، م .

(١٨) فى الأصل : « والشهور » .

(١٩) فى م : « الجديدة » خطأ .

(٢٠) فى م : « لكن » .

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .

سَواءً . والثانية ، لا تَحْصُلُ الرَّجْعةُ به ، ويَلْزَمُها اسْتِئْنافُ عِدَّةٍ ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى نِكاحٍ تَشَعَّثَ ، فهو كوَطْءِ الشُّبْهةِ . وتَدْخُلُ بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطلاقِ فيها ؛ لأنَّهما من رجلٍ واحدٍ . وإن حَمَلَتْ من هذا الوَطْءِ ، فهل تدْخُلُ فيها بَقِيَّةُ الأُولى ؟ على وَجْهَيْن ؛ أحدهما ، تدْخُلُ ؛ لأنَّهما[22] من رجلٍ واحدٍ . والثانى ، لا تدْخُلُ ؛ لأنَّهما من جِنْسَيْنِ . فعلى هذا ، إذا وَضَعَتْ حَمْلَها ، أتَمَّتْ عِدَّةَ الطلاقِ . وإن وَطِئَها وهى حاملٌ ، ففى تَدَاخُلِ العِدّتينِ وَجْهان ؛ فإن قُلْنا : يتَداخَلانِ . فانْقِضاؤُهما معًا بوَضْعِ الحَمْلِ . وإن قُلْنا : لا يتداخَلان . فانْقِضاءُ عِدَّةِ الطلاقِ بوَضْعِ الحملِ ، وتَسْتَأْنِفُ عِدَّةَ الوَطْءِ بالقُرُوءِ .

فصل : فإن طَلَّقها طلاقًا رَجْعِيًّا ، فنَكَحَتْ فى عِدَّتِها مَنْ وَطِئَها ، فقد ذكَرْنا أنَّها تَبْنِى على عِدَّةِ الأَوَّلِ ، ثم تسْتأنِفُ عِدَّةً للثَّانى[23] ، ولزَوْجِها الأَوَّلِ رَجْعَتُها فى بقيَّةِ عِدَّتِها منه ؛ لأنَّ الرَّجْعةَ إمْساكٌ للزَّوجةِ ، وطَرَيانُ / الوطءِ من أجْنَبِىٍّ على النِّكاحِ ، لا يَمْنَعُ الزَّوْجَ إمساكَ زَوْجَتِه ، كما لو كانتْ فى صُلْبِ النكاحِ . وقيلَ : ليس له رَجْعَتُها ؛ لأنَّها مُحَرَّمةٌ عليه ، فلم يَصِحَّ له ارْتِجاعُها ، كالمُرْتَدَّةِ[24] . والصحيحُ الأَوَّلُ ؛ فإنَّ التَّحْريمَ لا يَمْنَعُ الرَّجْعةَ ، كالإِحرامِ . ويُفارِقُ الرِّدَّةَ ؛ لأنَّها جارِيَةٌ إلى بَيْنُونةٍ بعدَ الرَّجْعةِ ، بخلافِ العِدَّةِ . وإذا انْقَضَتْ عِدَّتُها منه ، فليس له رَجْعَتُها فى عِدَّةِ الثانى ؛ لأنَّها ليستْ منه . وإذا ارْتَجعها فى عِدَّتِها من نَفْسِه ، وكانت بالقُرُوءِ أو بالأشْهُرِ ، انْقطَعتْ عِدَّتُه بالرَّجْعةِ ، وابتدأتْ عِدَّةً من الثانى ، ولا يَحِلُّ له وَطْؤُها حتى تَقْضِىَ[25] عِدَّةَ الثانى ، كما لو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ فى صُلْبِ نِكاحِه . وإن كانت مُعْتَدَّةً بالحَمْلِ ، لم يُمْكِنْ شُرُوعُها فى عِدَّةِ الثانى قبلَ وَضْعِ الحَمْلِ ؛ لأنَّها بالقُرُوءِ ، فإذا وَضَعَتْ حَمْلَها ، شَرَعَتْ فى عِدَّةِ الثانى ، وإن كان الحَمْلُ مُلْحَقًا بالثانى ، فإنَّها تَعْتَدُّ

٨/١٤٤ظ

(٢٢) فى الأصل : « لأنها » .

(٢٣) فى ا ، ب ، م : « الثانى » .

(٢٤) فى ا : « كالمرتد » .

(٢٥) فى ا ، ب ، م : « تنقضى » .

به عن الثانى ، وتتقدَّمُ[٢٦] عِدَّةُ الثانى على عِدَّةِ[٢٧] الأوَّلِ ، فإذا أكملَتْها ، شرَعَتْ فى إتْمامِ عِدَّةِ الأوَّلِ ، وله حينئذٍ أن يَرْتَجِعَها ؛ لأنَّها فى عِدَّتِه . وإن أحَبَّ أن يَرْتَجِعَها فى حالِ حَمْلِها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك ؛ لأنَّها ليستْ فى عِدَّتِه ، وهى مُحَرَّمةٌ عليه ، فأشْبَهتِ الأجْنَبِيَّةَ أو المُرْتَدَّةَ . والثانى ، له رَجْعَتُها ؛ لأنَّ عدَّتَها منه لم تَنْقَضِ ، وتحريمُها لا يَمْنَعُ رَجْعَتَها ، كالمُحَرَّمِةِ .

فصل : إذا تزوَّجَ رجلٌ امرأةً لها ولدٌ من غيرِه ، فمات ولَدُها ، فإنَّ أحمدَ قال : يَعْتَزِلُ امرأتَه حتى تَحِيضَ حَيْضةً . وهذا يُرْوَى عن علىٍّ بن أبى طالبٍ ، والحسنِ ابْنِه ، ونحوُه عن عمرَ بن الخطابِ ، وعن الحسينِ[٢٨] بن علىٍّ ، والصَّعْبِ بن جَثَّامةَ[٢٩] . وبه قال عطاءٌ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالكٌ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . قال عمرُ بن عبد العزيزِ : لا يَقْرَبُها حتى يَنْظُرَ بها حَمْلٌ أم لا ؟ وإنَّما قالوا ذلك ؛ لأنَّها إن كانت حامِلًا حين مَوْتِه ، وَرِثَه حَمْلُها ، وإن حَدَثَ الحَمْلُ بعدَ الموتِ ، لم يَرِثْهُ . فإن كان للمَيِّتِ ولدٌ أو أبٌ أو جَدٌّ ، لم يَحْتَجْ إلى اسْتِبرائِها ؛ لأنَّ الحَمْلَ لا مِيراثَ له ، وإن كانتْ حامِلًا قد تَبَيَّنَ حملُها ، لم يَحْتَجْ إلى اسْتِبْرائِها ؛ لأنَّ الحملَ معلومٌ ، وإن كانتْ آيِسَةً ، لم يحْتَجْ إلى اسْتِبْرائِها ؛ للياْسِ من حَمْلِها ، وإن كانتْ ممَّن[٣٠] يُمْكِنُ حَمْلُها ، ولم يَتَبَيَّنْ[٣١] بها حَمْلٌ ، ولم يَعْتَزِلْها زَوْجُها ، فأتَتْ بوَلَدٍ قبلَ ستَّةِ أشْهُرٍ ، وَرِثَ ، وإن أتَتْ به بعدَ ستَّةِ أشْهُرٍ من حينَ / وَطِئَها بعدَ مَوْتِ وَلَدِها ، لم يَرِثْ ، لأنَّا لا نتيَقَّنُ وُجُودَه حالَ مَوْتِه . هذا يُرْوَى عن سُفْيانَ . وهو قياسُ قولِ الشافعىِّ .

١٤٥/٨ و

---

(٢٦) فى م : « وتقدم » .

(٢٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٨) فى م : « الحسن » .

(٢٩) الصعب بن جثامة بن قيس الليثى الحجازى ، هاجر إلى النبى ﷺ ، وروى عنه ، وتوفى بعد خلافة أبى بكر تهذيب التهذيب ٤٢١/٤ ، الإصابة ٤٢٦/٣ .

(٣٠) فى الأصل زيادة : « لم » .

(٣١) فى م : « يبن » .

فصل : فى أحكامِ المَفْقُودِ ، إذا غاب الرجلُ عن امرأتِه ، لم يَخْلُ من حالَيْنِ ؛ أحدهما ، أن تكونَ غَيْبَةً غيرَ مُنْقَطِعةٍ ، يُعْرَفُ خَبَرُه ، ويأْتِى كِتابُه ، فهذا ليس لِامْرأتِه أن تتزَوَّجَ فى قولِ أهلِ العلمِ أجْمَعِينَ ، إلَّا أن يتَعذَّرَ الإنْفاقُ عليها من مالِه ، فلها أن تَطْلُبَ فَسْخَ النكاحِ ، فيُفسَخَ نكاحُه . وأجْمَعُوا على أنَّ زَوْجَةَ الأسِيرِ لا تَنْكِحُ حتى تَعْلَمَ يَقِينَ وَفاتِه . وهذا[32] قولُ النَّخَعِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، ويحيى الأنْصارِىِّ ، ومَكْحولٍ ، والشافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وإسحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وإن أَبَقَ العَبْدُ ، فزَوْجَتُه على الزَّوْجِيَّةِ ، حتى تَعْلَمَ مَوْتَه أو رِدَّتَه . وبه قال الأوْزَاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وإسْحاقُ . وقال الحسنُ : إباقُهُ طَلَاقُه . ولَنا ، أنَّه ليس بمَفْقُودٍ ، فلم يَنْفَسِخْ نِكاحُه ، كالحُرِّ ، ومَنْ تَعَذَّرَ الإنْفاقُ من مالِه على زَوْجَتِه ، فحُكْمُها فى الفَسْخِ حكمُ ما ذكَرْنا ، إلَّا أن العَبْدَ نَفَقَةُ زَوْجَتِه على سَيِّدِهِ ، أو فى كَسْبِه ، فيُعْتَبرُ تَعذُّرُ الإنْفاقِ من مَحَلِّ الوُجُوبِ . الحال الثانى ، أن يُفْقَدَ ، ويَنْقَطِعَ خَبَرُه ، ولا يُعْلَمَ له مَوْضِعٌ ، فهذا ينقسمُ قِسْمَينِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ ظاهِرُ غَيْبَتِه السلامةَ ، كسَفَرِ التِّجارةِ فى غيرِ مَهْلَكةٍ ، وإباقِ العَبْدِ ، وطَلَبِ العِلْمِ والسِّياحةِ ، فلا تزُولُ الزَّوْجيَّةُ أيضًا ، ما لم يَثْبُتْ مَوْتُه . رُوِىَ[33] ذلك عن علىٍّ . وإليه ذَهَبَ ابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ فى الجديدِ . ورُوِىَ ذلك عن أبى قِلَابةَ ، والنَّخَعِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ فى القديمِ : تتَرَبَّصُ أرْبَعَ سِنِينَ ، وتَعْتَدُّ للوَفاةِ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا ، وتَحِلُّ للأزْواجِ ؛ لأنَّه إذا جاز الفَسْخُ لتَعذُّرِ الوَطْءِ بالعُنَّةِ ، وتَعذُّرِ النفقةِ بالإعْسارِ ، فلأَنْ يجوزَ هٰهُنا لتَعذُّرِ الجميعِ أَوْلَى ، واحْتَجُّوا بحديثِ عمرَ فى المفقودِ ، مع مُوافقةِ الصَّحابةِ له ، وتَرْكِهم إنْكارَه . ونَقَلَ أحمدُ بن أصْرَمَ[34] ، عن أحمدَ : إذا مضَى

---

(32) سقطت الواو من : ا ، ب .

(33) فى ب ، م : « وروى » .

(34) أحمد بن أصرم بن خزيمة المزنى ، سمع من الإمام أحمد وغيره ، وكان بصريا ، قدم مصر وكُتب عنه ، وخرج عنها فتوفى بدمشق ، فى سنة خمس وثمانين ومائتين . طبقات الحنابلة ٢٢/١ .

عليه تِسْعُونَ سنةً ، قُسِّمَ مالُه . وهذا يقتَضِى أنَّ زَوْجَته تَعْتَدُّ عِدَّةَ الوَفاةِ ثم تتزوَّجُ . قال أصحابُنا : إنَّما اعْتَبَرَ تِسْعِينَ سنةً من يوم وِلادَتِه ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّه لا يعيشُ أكثرَ من هذا العُمْرِ ، فإذا [٣٥] اقْتَرنَ به انقطَاعُ [٣٥] خَبرِه ، وَجبَ الحُكْمُ بمَوْتِه ، / كما لو كان فَقْدُه بغَيْبةٍ ظاهِرُها الهَلاكُ . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ هذه غَيْبَةٌ ظاهِرُها السَّلامةُ ، فلم يُحْكَمْ بمَوْتِه ، كما قبلَ الأربعِ سِنِينَ ، أو كما قبلَ التِّسْعِين ، ولأنَّ هذا التَّقْدِيرَ بغيرِ تَوْقِيفٍ ، والتَّقْديرُ لا يَنْبَغِى أن يُصارَ إليه إلَّا بالتَّوْقِيفِ ؛ لأنَّ تَقْدِيرَها بتسعينَ سنةً من يومِ وِلادَتِه ، يُفْضِى إلى اخْتلافِ العِدَّةِ فى حَقِّ المرأةِ باختلافِ عُمْرِ الزَّوجِ ، ولا نَظِيرَ لهذا ، وخَبرُ عمرَ وَرَدَ فى مَن ظاهِرُ غَيْبَتِه الهلاكُ ، فلا يُقَاسُ عليه غيرُه . القسم الثانى ، أن تكونَ غَيْبَتُه ظاهِرُها الهلاكُ ، كالذى يُفْقَدُ من بينِ أهلِه ليلًا أو نهارًا ، أو يَخْرُجُ إلى الصلاةِ فلا يَرْجِعُ ، أو يَمْضِى إلى مكانٍ قريبٍ لِيَقْضِىَ حاجَتَه ويَرْجِعَ ، فلا يَظْهَرُ له خَبرٌ ، أو يُفْقَدُ مِن [٣٦] بينِ الصَّفَّيْنِ ، أو يَنْكَسِرُ بهم مَرْكِبٌ فيَغْرَقُ بعضُ رُفْقَتِه ، أو يُفْقَدُ فى مَهْلَكَةٍ ، كبَرِّيَّةِ الحِجازِ ونحوِها ، فمذْهَبُ أحمدَ الظاهِرُ عنه ، أنَّ زَوْجَته تتَربَّصُ أرْبَعَ سِنِينَ ، أكثرَ مُدَّةِ الْحَملِ ، ثم تَعْتَدُّ للوَفاةِ أرْبعَةَ أشهرٍ وعَشْرًا . وتَحِلُّ للأزْواجِ . قال الأثْرَمُ : قيل لأبى عبدِ الله : تذْهَبُ إلى حديثِ عمرَ ؟ قال : هو أحْسَنُها يُرْوَى عن عمرَ من ثمانيةِ وُجُوهٍ . ثم قال [٣٧] : زَعَمُوا أن عمرَ رَجَعَ عن هذا . هؤلاء الكذَّابِينَ [٣٨] . قلتُ : فرُوِىَ من وَجْهٍ ضعيفٍ أنَّ عمرَ قال بخلافِ هذا ؟ قال : لا ، إلَّا أن يكونَ إنسانٌ يَكْذِبُ . وقلت له مَرَّةً : إنَّ إنْسانًا قال لى : إنَّ أبا عبدِ الله قد تَرَكَ قولَه فى المَفْقُودِ بعدَكَ . فضَحِكَ ، ثم قال : مَن تَرَكَ هذا القولَ أىَّ شىءٍ يقولُ ! وهو [٣٩] قولُ عمرَ وعثمانَ وعلىٍّ وابنِ عباسٍ وابنِ الزُّبَيْرِ . قال أحمدُ : خمسةٌ من أصْحابِ النَّبىِّ ﷺ . وبه قال عطاءٌ ، وعمرُ بن

١٤٥/٨ ظ

(٣٥–٣٥) فى ا : « انقطع » .

(٣٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٧) فى الأصل : « قالوا » .

(٣٨) كذا على حكاية قوله .

(٣٩) فى ا ، ب ، م : « وهذا » .

عبد العزيزِ ، والحسنُ ، والزُّهرِيُّ ، وقَتادةُ ، واللَّيْثُ ، وعلىٌّ بن الْمَدِينىّ ، وعبدُ العزيز ابن أبى سَلَمةَ . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعىُّ فى القديمِ ، إلَّا أنَّ مالِكًا قال : ليس فى انْتِظارِ مَنْ يُفْقَدُ فى القِتالِ وَقْتٌ . وقال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، فى امرأةِ المَفْقُودِ بين الصَّفَّيْنِ : تَترَبَّصُ سَنَةً ؛ لأنَّ غَلَبَةَ هَلَاكِه هٰهُنا أكثرُ من غَلَبةِ غيرِه ، لوُجُودِ سَبَبِه . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : (٤٠ كنتُ أقولُ ٤٠) : إذا تَرَبَّصَتْ أرْبَعَ سِنِينَ ، ثم اعْتَدَّتْ أرْبعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا . تزَوَّجَتْ . وقد ارْتَبْتُ فيها ، وهِبْتُ الجَوابَ فيها ، (٤١ لما اخْتَلَفَ ٤١) الناسُ فيها ، فكأنِّى أُحِبُّ السَّلامةَ . وهذا توَقُّفٌ يَحْتَمِلُ الرُّجوعَ عمَّا قالَه ، وتَترَبَّصُ أبدًا ، ويَحْتَمِلُ / التَّوَرُّعَ ، ويكونُ المَذْهَبُ ما قالَه أوَّلًا . قال القاضى : أكثرُ أصْحابِنا على (٤٢) أنَّ المذهبَ روايةٌ واحدةٌ ، وعندى أنَّ المسألةَ على روايتَيْنِ . وقال أبو بكرٍ : الذى أقولُ به ، إن صَحَّ الاخْتِلافُ فى المسألةِ ، أن لا يُحْكَمَ بحُكْمٍ ثانٍ إلَّا بدليلٍ على الانْتِقالِ ، وإن ثَبَتَ الإجْماعُ ، فالحُكْمُ فيه على ما نصَّ عليه . وظاهرُ المَذْهَبِ على ما حَكَيْناه أوَّلًا . نَقَلَه عن أحمدَ الجماعةُ ، وقد أنْكَرَ أحمدُ رِوايةَ مَنْ رَوَى عنه الرُّجُوعَ ، على ما حَكَيْناه من رِوايةِ الأثْرَمِ . وقال أبو قِلابةَ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ فى الجديدِ : لا تتزوَّجُ امرأةُ المَفْقُودِ حتى يتَبَيَّنَ مَوْتُه أو فِرَاقُه ؛ لما (٤٣) رَوَى المُغِيرةُ (٤٤) ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : «امْرَأةُ المَفْقُودِ امْرَأَتُهُ ، حَتَّى يَأْتِيَها (٤٥) الْخَبَرُ (٤٦) » . ورَوَى الحَكَمُ ، وحَمَّادُ ، عن علىٍّ : لا تتزوَّجُ امرأةُ

٨/١٤٦و

(٤٠ – ٤٠) سقط من : ا .

(٤١ – ٤١) فى ا : « لاختلاف » .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) فى الأصل : « ولما » .

(٤٤) فى ا زيادة : « بن شعبة » .

(٤٥) فى ب ، م : « يأتى » .

(٤٦) فى النسخ : « زوجها » . والمثبت من سنن الدارقطنى ، وقد أخرجه فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣/٣١٢ .

المفْقودِ ، حتى يأتِيَ مَوْتُه أو طَلاقُه[٤٧] . ولأنَّه[٤٨] شَكٌّ فى زَوَالِ الزَّوْجيَّةِ ، فلم تَثْبُتْ به الفُرْقةُ ، كما لو كان ظاهِرُ غَيْبَتِه السَّلامةَ . ولَنا ، ما رَوَى الأثْرَمُ . والجُوزَجانىُّ ، بإسْنادِهِما عن عُبَيدِ بن عُمَيْرٍ ، قال : فُقِدَ رَجُلٌ فى عَهْدِ عمرَ ، فجاءت امرأتُه إلى عمرَ ، فذَكَرَتْ ذلك له ، فقال : انْطَلِقى ، فتَرَبَّصِى أرْبَعَ سِنِينَ . ففَعَلَتْ ، ثم أتَتْه ، فقال : انْطَلِقِى ، فاعْتَدِّى أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا . ففَعَلَتْ ، ثم أتَتْه ، فقال : أيْنَ وَلِىُّ هذا الرجلِ ؟ [٤٩]فجاءَ وَلِيُّه[٤٩] ، فقال : طَلِّقْها . ففَعَلَ ، فقال لها عمرُ : انْطَلِقِى ، فتزوَّجِى مَنْ شِئْتِ . فتزوَّجَتْ ، ثم جاء زَوْجُها الأوَّلُ ، فقال له[٥٠] عمرُ : أينَ كنتَ ؟ قال : يا أميرَ المؤمنين ، اسْتَهْوَتْنِى الشَّياطينُ ، فواللهِ ما أدْرِى فى أىِّ أرضِ اللهِ[٥١] ، كنتُ عند قومٍ يَسْتَعْبِدُونَنِى ، حتى اغْتَزاهُم منهم قومٌ مُسْلِمون ، فكنتُ فى ما غَنِمُوه ، فقالوا لى[٥٢] : أنْتَ رَجُلٌ من الإنْسِ ، وهؤلاء من[٥٣] الجِنِّ ، فمالَكَ وما لَهم ؟ فأخْبَرْتُهُم خَبَرِى ، فقالوا : بأىِّ[٥٤] أرضِ اللهِ تُحِبُّ أن تُصْبِحَ ؟ قلتُ : المَدِينةُ هى أرْضِى . فأصْبَحْتُ وأنا أنظرُ إلى الحَرَّةِ . فخيَّره عمرُ ؛ إن شاء امْرأتَه ، وإن شاء الصَّداقَ ، فاختارَ الصَّداقَ ، وقال : قد حَبِلَتْ ، لا حاجةَ لى فيها[٥٥] . قال أحمدُ : يُرْوَى عن عمرَ ،

---

(٤٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال بتخيير المفقود ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧/٤٤٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب التى لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٩٠ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الحكم فى امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ١/٤٠٢ .

(٤٨) سقطت الواو من : م .

(٤٩ - ٤٩) سقط من : م .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) فى م زيادة : « كنت » .

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣) سقط من : الأصل .

(٥٤) فى ا ، ب : « بأيت » .

(٥٥) أخرجه البيهقى ، فى الباب السابق . السنن الكبرى ٧/٤٤٥ ، ٤٤٦ . وعبد الرزاق ، فى الباب السابق . المصنف ٧/٨٦-٨٨ . وسعيد ، فى الباب السابق . السنن ١/٤٠١ ، ٤٠٢ .

من ثلاثةِ وُجُوهٍ ، ولم يُعْرَفْ فى الصَّحابةِ له مخالِفٌ . ورَوَى الجُوزَجَانىُّ وغيرُه ، بإسْنادِهم عن علىٍّ فى امرأةِ المَفْقُودِ : تَعْتَدُّ أربعَ سِنِينَ ، ثم يُطَلِّقُها وَلِىُّ زَوْجِها ، وتعتدُّ بعد ذلك أرْبعةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا ، / فإن جاء زوجُها المفقودُ بعدَ ذلك ، خُيِّرَ بين الصَّداقِ وبينَ امْرأتِه . وقَضَى به عثمانُ أيضًا ، وقَضَى به ابنُ الزُّبَيْرِ فى مَوْلاةٍ لهم . وهذه قَضايا انْتَشرَتْ فى الصَّحابةِ فلم تُنْكَرْ ، فكانت إجْماعًا . فأمَّا الحديثُ الذى رَوَوْه عن النَّبىِّ ﷺ ، فلم يَثْبُتْ ، ولم يَذْكُرْه أصْحابُ السُّنَنِ . وما رَوَوْهُ عن علىٍّ ، فيَرْوِيه الحَكَمُ وحَمّادٌ مُرْسَلًا ، والمُسْنَدُ عنه مثلُ قَوْلِنا ، ثم يُحْمَلُ ما رَوَوْه على المَفْقودِ الذى ظاهِرُ غَيْبَتِه السَّلامةُ ، جَمْعًا بينه وبينَ ما رَوَيْناه . وقولُهم : إنَّه شَكٌّ فى زَوالِ الزَّوْجِيَّةِ . مَمْنوعٌ ، فإنَّ الشَّكَّ ما تَساوَى فيه الأمْران ، والظاهرُ فى مَسْألَتِنا هَلَاكُه .

١٤٦/٨ ظ

فصل : وهل يُعْتَبَرُ أن يُطَلِّقَها وَلِىُّ زَوْجِها ، ثم تعتدَّ بعدَ ذلك بثلاثةِ قُرُوءٍ ؟ فيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، يعتبرُ ذلك ؛ لأنَّه فى[٥٦] حديثِ عمرَ الذى رَوَيْناه ، وقد قال أحمدُ : هو أحْسَنُها . وذكر فى حديثِ علىٍّ ، أنَّه يُطَلِّقُها وَلِىُّ زَوْجِها . والثانية ، لا يُعْتَبرُ ذلك ، كذلك قال ابنُ عمرَ ، وابنُ عباسٍ . وهو القِياسُ ؛ فإنَّ وَلِىَّ الرجلِ لا وِلايَةَ له فى طَلَاقِ امْرأتِه ، ولأنَّنا حَكَمْنا عليها بعدَّةِ الوَفاةِ ، فلا يجبُ عليها مع ذلك عِدَّةُ الطَّلاقِ ، كما لو تيقَّنَتْ وَفاتَه ، ولأنَّه قد[٥٧] وُجِدَ دَلِيلُ هَلاكِه على وَجْهٍ أباحَ لها التَّزْوِيجَ ، وأوْجَبَ عليها عِدَّةَ الوَفاةِ ، فأشْبَهَ ما لو شَهِدَ به شاهِدَان .

فصل : وهل يُعْتَبَرُ ابْتداءُ المُدَّةِ من حينِ الغَيْبَةِ أو من حينَ ضَرَبَ الحاكمُ المُدَّةَ ؟ على رِوَايتَيْن ؛ إحداهما ، يُعْتَبَرُ ابتداؤُها من حِينَ ضَرَبَها الحاكمُ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ مُخْتلَفٌ فيها ، فافْتَقَرتْ إلى ضَرْبِ الحاكمِ ، كمُدَّةِ العُنَّةِ . والثَّانية[٥٨] ، من حينَ انْقَطَعَ خَبَرُه ،

---

(٥٦) فى ب : « من » .

(٥٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥٨) فى ا ، ب ، م : « والثانى » .

وبَعُدَ أثَرُه ؛ لأنَّ هذا ظاهرٌ فى مَوْتِه ، فكان ابْتداءُ المُدَّةِ منه ، كما لو شَهِدَ به شاهِدَان . وللشافعىِّ وَجْهان ، كالرِّوايتَيْنِ .

فصل : فإن قَدِمَ زَوجُها الأوَّلُ قبلَ أن تتزوَّجَ ، فهى امرأتُه . وقال بعضُ أصْحابِ الشافعىِّ : إذا ضُرِبَتْ لها المُدَّةُ ، فانْقَضَتْ ، بَطَلَ نِكاحُ الأوَّلِ . والذى ذكَرْنا أَوْلَى ؛ لأنَّنا إنَّما أبَحْنا لها التَّزْويجَ لأنَّ الظاهرَ مَوْتُه ، فإذا بان حيًّا انْخَرَمَ ذلك الظَّاهرُ ، وكان النكاحُ بحَالِه ، كما لو شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بمَوْتِه ثم بانَ حيًّا ، ولأنَّه أحَدُ المِلْكَيْنِ ، فأشْبَهَ مِلْكَ / المالِ . فأمَّا إن قَدِمَ بعدَ أن تزوّجَتْ نَظَرْنا ؛ فإن كان قبلَ دُخُولِ الثانى بها ، فهى ٨/١٤٧و زَوْجةُ الأوَّلِ ، تُرَدُّ إليه ، ولا شىءَ . قال أحمدُ : أمَّا قبلَ الدُّخولِ ، فهى امرأتُه ، وإنَّما التَّخْييرُ بعدَ الدُّخولِ . وهذا قولُ الحسنِ ، وعَطاءٍ ، وخِلاسِ بن عمرٍو ، والنَّخَعِىِّ ، وقَتادةَ ، ومالكٍ ، وإسحاقَ . وقال القاضى : فيه روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يُخَيَّرُ . وأخَذَه من عُمومِ قولِ أحمدَ : إذا تزوَّجَتِ امرأتُه فجاء ، خُيِّرَ بينَ الصَّداقِ وبينَ امرأتِه . والصحيحُ أنَّ عمومَ كلامِ أحمدَ يُحْمَلُ على خَاصِّه فى روايةِ الأثْرَمِ ، وأنَّه لا تَخْييرَ إلَّا بعدَ الدُّخولِ ، فتكونُ زَوْجَةَ الأوَّلِ ، روايةً واحدةً ؛ لأنَّ النكاحَ إنَّما صَحَّ فى الظاهرِ دُونَ الباطنِ ، فإذا قَدِمَ تبيَّنَّا أنَّ النكاحَ كان باطلًا ؛ (٥٩) لأنَّه صادَفَ امرأةً ذاتَ زَوْجٍ ، فكان باطلًا (٥٩) ، كما لو شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بمَوْتِه ، وليس عليه صداقٌ ؛ لأنَّه نكاحٌ فاسدٌ لم يَتَّصِلْ به دخولٌ ، وتعودُ (٦٠) إلى (٦١) الزَّوجِ بالعَقْدِ الأوَّلِ ، كما لو لم تتزوَّجْ . وإن قَدِمَ بعدَ دُخولِ الثانى بها . خُيِّرَ الأوَّلُ بينَ أخْذِها ، فتكونُ امْرأتَه (٦٢) بالعَقْدِ الأوَّلِ ، وبينَ أخْذِ صَداقِها ، وتكونُ زوجةَ الثانى (٦٣) . وهذا قولُ مالكٍ ؛ لإجْماعِ الصَّحابةِ عليه ، فرَوَى مَعْمَرٌ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، أنَّ عمرَ وعثمانَ قالا : إن جاء زَوْجُها الأوَّلُ ، خُيِّرَ بين المرأةِ وبينَ

(٥٩ - ٥٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٦٠) فى م : « ويعود » .

(٦١) سقط من : ب ، م .

(٦٢) فى ب ، م : « زوجته » .

(٦٣) فى م : « للثانى » .

الصَّداقِ الذى ساق هو . رواه الجُوزجَانىُّ ، والأَثْرَمُ . وقَضَى به الزُّبَيْرُ فى مَوْلاةٍ لهم . وقال علىٌّ ذلك فى الحديثِ الذى رَوَيْناه . ولم يُعْرَفْ لهم مُخالِفٌ فى عَصْرِهم ، فكان إجْماعًا . فعلى هذا ، إن أمْسكَها الأوَّلُ ، فهى زوجَتُه بالعَقْدِ الأوَّلِ . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ ، أنَّه لا يَحْتاجُ الثانى إلى طَلاقٍ ؛ لأنَّ نِكاحَه كان باطلًا فى الباطنِ . وقال القاضى : قياسُ قولِه ، أنَّه يحْتاجُ إلى طلاقٍ ؛ لأنَّ هذا نِكاحٌ مُخْتلَفٌ فى صِحَّتِه ، فكان مأْمُورًا بالطلاقِ ليَقْطَعَ حُكْمَ العَقْدِ الثانى ، كسائرِ الأنْكِحةِ الفاسدةِ ، ويجبُ على الأوَّلِ اعْتِزالُها حتى تَقْضِىَ عِدَّتَها من الثانى . وإن لم يَخْتَرْها الأوَّلُ ، فإنَّها تكونُ مع الثانى ، ولم يَذْكُرُوا لها عَقْدًا جديدًا . والصحيحُ أنَّه يجبُ أن يَسْتأْنِفَ لها عَقْدًا[٦٤] ، لأنَّنا تبيَّنَّا بُطْلانَ عَقْدِه بمَجِىءِ الأوَّلِ ، ويُحْمَلُ قولُ الصَّحابةِ على هذا ، لقيامِ الدَّليلِ عليه ، فإنَّ زَوْجةَ الإنسانِ لا تَصِيرُ زوجةً لغيرِه بمُجَرَّدِ تَرْكِه لها . وقال أبو الخَطَّابِ : القياسُ أنَّنا إن[٦٥] حَكَمْنا بالفُرْقةِ ظاهرًا وباطنًا ، فهى امرأةُ الثانى ، ولا خِيارَ للأوَّلِ ؛ لأنَّها بانَتْ منه / بفُرْقةِ الحاكمِ ، فأشْبَهَ ما لو فَسَخَ نِكاحَها لِعُسْرَتِه ، وإن لم نَحْكُمْ بفُرْقَتِه باطِنًا ، فهى امرأةُ الأوَّلِ ، ولا خِيارَ له . ١٤٧/٨ ظ

فصل : ومتى اخْتار الأوَّلُ تَرْكَها ، فإنَّه يَرْجِعُ على الثانى بصَداقِها ؛ لقَضاءِ الصَّحابةِ بذلك ، ولأنَّه حالَ بينَه وبينَها بعَقْدِه عليها ، ودُخُولِه بها . واخْتلَف[٦٦] عن أحمدَ فيما يَرْجِعُ به ؛ فرُوِىَ عنه ، أنَّه يَرْجِعُ بالصَّداقِ الذى أصْدَقَها هو . وهو اختيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ الحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، وقَتادةَ ، وعلىّ[٦٧] ابن المَدِينىِّ ، لقَضاءِ علىٍّ وعثمانَ أنَّه يُخَيَّرُ بينَها وبينَ الصَّداقِ الذى ساقَ هو ، ولأنَّه[٦٨] أتْلَفَ عليه المُعَوَّضَ ، فرَجَعَ عليه

---

(٦٤) فى ب زيادة : « جديدا » .

(٦٥) سقط من : الأصل .

(٦٦) أى النقل .

(٦٧) فى م : « وعن » .

(٦٨) فى ب زيادة : « لو » .

بالعِوَضِ ، كشُهُودِ الطَّلاقِ إذا رَجَعُوا عن الشَّهادةِ . فعلى هذا ، إن كان لم يَدْفَعْ إليها الصَّداقَ ، لم يَرْجِعْ بشيءٍ ، وإن كان قد دَفَعَ بعضَه ، رَجَعَ بما دَفَعَ . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ عليه بالصَّداقِ ، وتَرْجِعَ المرأةُ بما بَقِىَ عليه من صَداقِها . وعن أحمدَ أنَّه يَرْجِعُ عليه بالمَهْرِ الذى أصْدَقَها الثانى ؛ لأنَّ إتْلافَ البُضْعِ من جِهَتِه ، والرُّجوعُ[٦٩] عليه بقِيمَتِه ، والبُضْعُ لا يتقَوَّمُ إلَّا على زَوْجٍ أو مَن جَرَى مَجْراهُ ، فيَجِبُ الرُّجوعُ عليه بالمُسَمَّى الثانى دُونَ الأَوَّلِ ؛ وهل يَرْجِعُ الزَّوْجُ الثانى على الزَّوْجةِ بما أُخِذَ[٧٠] منه ؟ فيه رِوَايتان . ذَكَر ذلك أبو عبدِ اللهِ ابن حامدٍ ؛ إحداهما ، يَرْجِعُ به ؛ لأنَّها غَرامةٌ لَزِمَتِ الزَّوْجَ بسبَبِ وَطْئِه لها ، فيَرْجِعُ[٧١] بها ، كالمَغْرُورِ . والثانية ، لا يَرْجِعُ بها . وهو أظْهَرُ ؛ لأنَّ الصَّحابةَ لم يَقْضُوا بالرُّجوعِ ، فإنَّ سعيدَ بن المُسَيَّبِ رَوَى ، أنَّ عمرَ وعثمانَ قَضَيَا فى المرأةِ التى لا تَدْرِى ما مَهْلِكُ زَوْجِها ، أن تَرَبَّصَ[٧٢] أرْبَعَ سِنِينَ ، ثم تَعْتَدَّ عدةَ المُتَوَفَّى عنها زَوْجُها أرْبعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا ، ثم تزَوَّجَ إن بَدَا لها ، فإن جاء زوجُها خُيِّرَ ؛ إمَّا امرأتُه ، وإمَّا الصَّداقُ ، فإن اخْتارَ الصَّداقَ ، فالصَّداقُ على زَوْجِها الآخِرِ ، وتَثْبُتُ عندَه ، وإن اختارَ امرأتَه ، عُزِلَتْ عن زَوْجِها الآخِرِ حتى تَنْقَضِىَ عِدّتُها ، وإن قَدِمَ زَوْجُها وقد تُوُفِّى زوجُها الآخِرُ ، وَرِثَتْ ، واعْتَدَّتْ عِدَّةَ المُتَوَفَّى عنها ، وتَرْجِعُ إلى الأوَّلِ . رواه الجُوزَجانىُّ[٧٣] . ولأنَّ المرأةَ لا تَغْرِيرَ منها ، فلم يَرْجِعْ عليها بشيءٍ ، كغَيْرِها . فإن قُلْنا : يرْجِعُ عليها . فإن كان قد دَفَعَ إليها الصَّداقَ ، رَجَعَ به ، وإن كان لم يَدْفَعْه إليها ، دفَعَه إلى الأوَّلِ ، ولم يَرْجِعْ عليها بشيءٍ ، وإن كان قد دفَعَ بعضَه ، رجعَ بما / دَفَعَ . وإن قُلْنا : لا

١٤٨/٨و

---

(٦٩) فى ب : « والمرجوع » .

(٧٠) فى ب : « أخذت » .

(٧١) فى ا ، ب ، م : « فرجع » .

(٧٢) فى م : « تتربص » . وهما بمعنى .

(٧٣) وأخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : تنتظر أربع سنين ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٥/٧ . وعبد الرزاق ، فى : باب التى لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٨٥/٧ .

يَرْجِعُ عليها . وكان قد دَفَعَ إليها الصَّداقَ ، لم يَرْجِعْ به ، وإن لم يَكُنْ دَفَعَه إليها ، لَزِمَه دَفْعُه ، ويَدْفعُ إلى الأوَّلِ صَداقًا آخَرَ .

فصل : وإن اخْتارَتِ امرأةُ المَفْقُودِ المُقامَ والصَّبْرَ حتى يتَبَيَّنَ أمرُه ، فلها النَّفقةُ ما دام حَيًّا ، ويُنْفَقُ عليها من مالِه حتى يتَبَيَّنَ أمرُه ؛ لأنَّها مَحكومٌ لها بالزَّوْجِيَّةِ ، فتجبُ لها النَّفقةُ ، كما لو عَلِمَتْ حياتَه . (٧٤فإذا تَبيَّنَ أنَّه كان حَيًّا ، وقدِمَ ، فلا كلامَ ، وإنْ٧٤) تبيَّنَ أنَّه مات ، أو فارَقَها ، فلها النَّفقةُ إلى يومِ مَوْتِه أو بَيْنُونَتِها منه ، ويرجعُ عليها بالباقِى ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنَّها أنْفقتْ مالَ غيرِه ، أو أنْفقتْ من مالِه وهى غيرُ زوجةٍ له . وإن رَفَعَتْ أمرَها إلى الحاكِمِ ، فضَرَبَ لها مُدَّةً ، فلها النَّفقةُ فى مُدَّةِ التَّرَبُّصِ ومُدَّة العِدَّةِ ؛ لأنَّ مُدَّةَ التَّرَبُّصِ لم يحكَمْ فيها[٧٥] ببَيْنُونَتِها من زَوْجِها ، فهى مَحْبوسةٌ عليه بحُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ ، فأشْبَهَ ما[٧٦] قبلَ المُدَّةِ . وأمَّا مُدَّةُ العِدَّةِ ، فلأنَّها غيرُ مُتيَقَّنةٍ ، بخلافِ عِدَّةِ الوَفاةِ ، فإنَّ مَوْتَه مُتيَقَّنٌ ، وما بعدَ العِدَّةِ إن تزَوَّجَتْ أو فَرَّقَ الحاكمُ بينهما[٧٧] ، سَقَطَتْ نَفقَتُها ؛ لأنَّها أسْقطَتْها بخُرُوجِها عن حُكْمِ نِكاحِه ، وإن لم تتزَوَّجْ ولا فَرَّقَ الحاكمُ بينهما ، فنفقَتُها باقيةٌ ؛ لأنَّها لم تخْرُجْ[٧٨] بعدُ من نِكاحِه . وإن قَدِمَ الزَّوجُ بعدَ ذلك ، ورُدَّتْ إليه ، عادتْ نفقتُها من حينِ الرَّدِّ . وقد رَوَى الأثْرَمُ ، والجُوزجانيُّ ، عن ابن عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، قالا : تنْتَظِرُ امرأةُ المَفْقودِ أرْبَعَ سِنِينَ . قال ابنُ عمرَ : يُنْفَقُ[٧٩] عليها من مالِ زَوْجِها . وقال ابنُ عباسٍ : إذًا يُجْحِفُ ذلك بالوَرَثةِ ، ولكنَّها تَسْتَدِينُ ، فإن جاء زَوجُها أخَذَتْ من مالِه ، وإن مات أخَذَتْ من نَصِيبِها من المِيراثِ . وقالا : يُنْفَقُ عليها بعدُ فى العِدَّة بعدَ الأرْبَعِ سِنِينَ من مالِ زَوْجِها جَميعِه ، أرْبعةَ أشهرٍ وعَشْرًا[٨٠] . وإن

(٧٤ - ٧٤) سقط من : الأصل ، م .

(٧٥) فى الأصل ، ب : « فيه » .

(٧٦) فى ب زيادة : « لو » .

(٧٧) فى م : « بينها » .

(٧٨) فى الأصل زيادة : « من » .

(٧٩) فى ب : « وينفق » .

(٨٠) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم تحل ، من كتاب العدد . السنن=

قُلْنا : ليس لها أنْ تتزوَّجَ . لم تَسْقُطْ نفقتُها ، ما لم تتزوَّجْ ، فإن تزوَّجَتْ ، سَقَطَتْ نفقتُها ؛ لأنَّها بالتَّزويجِ تخرُجُ عن يَدَيْه ، وتَصِيرُ ناشِزًا ، وإن فُرِّقَ بينهما ، فلا نفقةَ لها ما دامت في العِدَّةِ ، فإذا انْقَضَتْ ، فلم تَعُدْ إلى مَسْكنِ زَوْجِها ، فلا نَفقةَ لها أيضًا ؛ لأنَّها باقيةٌ على النُّشُوزِ . وإن عادتْ إلى مَسْكَنِه[81] ، احْتَمَلَ أن تَعُودَ النَّفقةُ ؛ لأنَّ النُّشُوزَ المُسْقِطَ لنَفَقتِها قد زال ، ويَحْتَمِلُ ألَّا / تَعُودَ ؛ لأنَّها ما سَلَّمَتْ نفسَها إليه . وإن عاد فتَسَلَّمَها ، عادتْ نَفَقَتُها . ومتى أنْفَقَ عليها ، ثم بانَ أنَّ الزَّوجَ كان قد مات قبلَ ذلك ، حُسِبَ عليها ما أُنْفِقَ عليها من حينِ مَوْتِه من مِيراثِها ، فإن لم تَرِثْ[82] شيئًا ، فهو عليها ؛ لأنَّها أنفقتْ من مالِ الوارثِ ما لا تَسْتَحِقُّه ، فأمَّا نفقتُها على الزَّوجِ الثانى ، فإن قُلْنا : لها أن تتزوَّجَ . فنِكاحُها صحيحٌ ، حُكْمُه في النَّفقةِ حكمُ غيرِه من الأنْكِحةِ الصَّحيحةِ . وإن قُلْنا : ليس لها أن تتزوَّجَ . فلا نَفقةَ لها ، فإن أنْفَقَ عليها ، لم يَرْجِعْ بشيءٍ ؛ لأنَّه تَطَوَّعَ به ، إلَّا أن يُجْبِرَه على ذلك حاكمٌ ، فيَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ بها ؛ لأنَّه أَلْزَمَه أداءَ ما لم يكُنْ واجبًا عليه ، ويَحْتَمِلُ ألَّا يَرْجِعَ به ؛ لأنَّ ما حَكَمَ به الحاكمُ لا يجوزُ نَقْضُه ، ما لم يُخالِفْ كتابًا أو سُنَّةً أو إجماعًا . فإن فارَقَها بتَفْرِيقِ الحاكمِ أو غيرِه ، فلا نفقةَ لها ، إلَّا أن تكونَ حاملًا ، فيَنْبَنِي[83] وُجوبُ النَّفقةِ ، على الرِّوايتَيْنِ في النَّفقةِ ؛ هل هي للحَمْلِ ، أو لها من أجْلِه ؟ فإن قُلْنا : هي للحَمْلِ . فلها النَّفقةُ ؛ لأنَّ نَسَبَ الحمْلِ لَاحِقٌ به ، فيجبُ عليه الإنْفاقُ على وَلَدِه . وإن قُلْنا : لها من أجْلِه . فلا نَفقةَ لها ؛ لأنَّه في غيرِ نكاحٍ صحيحٍ ، فأشْبَهَ حَمْلَ المَوْطُوءةِ بشُبْهةٍ . وإذا أتَتْ بولدٍ يُمْكِنُ كَوْنُه من الثانى ، لَحِقَه نَسبُه ؛ لأنَّها صارتْ فراشًا له ، وقد عَلِمْنا أنَّ الولدَ ليس من الأوَّلِ ؛ لأنَّها تَرَبَّصَتْ بعدَ فَقْدِه أكثرَ[84]

= الكبرى ٧/٤٤٥ . وسعيد بن منصور ، في : باب الحكم في امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ١/٤٠٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته وهي مستحاضة بما تعتد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/١٥٩ .

(٨١) في ا : « مسكنها » .

(٨٢) في الأصل : « تورث » .

(٨٣) في الأصل ، ب ، م : « فينبغي » .

(٨٤) في م زيادة : « من » .

مُدَّةِ الحَمْلِ ، وتَنْقَضِى عِدَّتُها من الثانى بوَضْعِه ؛ لأنَّ الولدَ منه ، وعليها أن تُرْضِعَه اللِّبَأَ[٨٥] ؛ لأنَّ الولدَ لا يقومُ بدَنُه إلَّا به ، فإن رُدَّتْ إلى الأوَّلِ ، فله مَنْعُها من إرْضاعِه[٨٦] ، كما له أن يَمْنَعَها من رَضاعِ أجْنَبِىٍّ ؛ لأنَّ ذلك يَشْغَلُها عن حُقُوقِه ، إلَّا أن يُضْطَرَّ إليها ، ويُخْشَى عليه التَّلَفُ ، فليس له مَنْعُها من إرْضاعِه ؛ لأنَّ هذا حالُ ضَرُورةٍ . فإن أرْضَعَتْه فى بيتِ الزَّوْجِ الأوَّلِ ، لم تَسْقُطْ نفقتُها ؛ لأنَّها فى قَبْضَتِه ويَدِه ، وإن أرضعَتْه فى غيرِ بَيْتِه بغيرِ إذْنِه ، فلا نَفقةَ لها ؛ لأنَّها ناشِزٌ ، وإن كان بإذْنِه ، خُرِّجَ على الرِّوايتَيْن فيما إذا سافَرَتْ لحاجَتِها[٨٧] بإذْنِه .

فصل : فى مِيراثِها من الزَّوْجينِ ، وتَوْرِيثِهما منها . متى مات زوجُها الأوَّلُ ، أو ماتتْ قبلَ تزوُّجِها بالثانى ، وَرِثَتْه ووَرِثَها ، وكذلك إن تزَوَّجَتِ الثانى فلم يَدْخُلْ بها ؛ لأنَّنا قد تبيَّنَّا أنَّه متى قَدِمَ قبلَ الدُّخولِ بها ، رُدَّتْ إليه بغيرِ تَخْيِيرٍ . وقد ذكَرْنا أنَّ القاضىَ ذكَرَ أنَّ فيها روايةً أُخرَى ، أنَّه يُخَيَّرُ فيها . فعلى هذه الرِّوايةِ ، حُكْمُه حكمُ ما لو دَخَلَ بها الثانى . فأمَّا إن دَخَلَ الثانى بها نظَرْنا ؛ فإن قَدِمَ / الأوَّلُ ، فاختارَها ، ورُدَّتْ إليه ، وَرِثَها ووَرِثَتْه ، ولم تَرِث الثانى ولم يَرِثْها ؛ لأنَّه لا زَوْجِيَّةَ بينهما . وإن مات أحدُهما قبلَ اختيارِها ؛ إمَّا فى الغَيْبةِ ، أو بعدَ قُدُومِه ، فإن قُلْنا : إنَّ[٨٨] لها أن تتزَوَّجَ . وَرِثَتِ الزَّوجَ الثانىَ ووَرِثَها ، ولم تَرِثِ الأوَّلَ ولم يَرِثْها ؛ لأنَّ مَنْ خُيِّرَ بَيْنَ شيئَيْنِ ، فتَعَذَّرَ أحدُهما ، تعَيَّنَ الآخَرُ . وإن ماتتْ قبلَ اخْتيارِ الأوَّلِ ، خُيِّرَ ، فإن اخْتارَها وَرِثَها ، وإن لم يَخْتَرْها وَرِثَها الثانى . هذا ظاهرُ قولِ أصْحابِنا . وأمَّا على ما أخْتارُه ، فإنَّها لا تَرِثُ الثانى ولا يَرِثُها بحالٍ ، إلَّا أن يُجَدِّدَ لها عَقْدًا ، أو لا يَعْلَمَ أنَّ الأوَّلَ كان حيًّا ، ومتى عَلِمَ أنَّ الأوَّلَ كان حيًّا ، وَرِثَها ووَرِثَتْه ، إلَّا أن يختارَ تَرْكَها ، فتَبِينُ منه بذلك ، فلا تَرِثُه ولا يَرِثُها .

١٤٩/٨ و

---

(٨٥) اللبأ : أول اللبن .

(٨٦) فى الأصل ، ا : « رضاعه » .

(٨٧) سقط من : الأصل .

(٨٨) سقط من : م .

وعلى قولِ أبى الخَطَّابِ ، إن حَكَمْنا بوُقوعِ الفُرْقةِ بتَفْريقِ الحاكمِ ظاهرًا وباطنًا ، وَرِثَت الثانىَ ووَرِثَها ، ولم تَرِثِ الأوَّلَ ولم يرِثْها ، [89]وإنْ لم نَحْكُمْ بوُقوعِ الفُرْقةِ باطِنًا ، ورِثتِ الأوَّلَ ووَرِثَها ، ولم تَرِثِ الثانىَ ولم يَرِثْها[89] . فأمَّا عِدَّتُها منهما ، فمَن وَرِثَتْهُ اعْتدَّتْ لوَفاتِه عِدَّةَ الوَفاةِ ، وإن مات الثانى فى موضعٍ لا تَرِثُه ، فالمنْصوصُ عن أحمدَ ، أنَّها تَعْتَدُّ عِدَّةَ الوَفاةِ فى النكاحِ الفاسِدِ. فعلى هذا ، عليها عِدَّةُ الوفاةِ لوَفاتِه . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . وقال ابنُ حامدٍ : لا عِدَّةَ عليها لوَفاتِه ، لكنْ تَعْتدُّ من وَطْئِه بثلاثةِ قُروءٍ ؛ فإن ماتا معًا[90] ، اعتدَّتْ لكلِّ واحدٍ منهما ، وبدأتْ بعِدَّةِ الأوَّلِ ، فإذا أكْمَلَتْها ، اعتدَّتْ للآخِرِ ، وإن مات الأوَّلُ أوَّلًا ، فكذلك ، وإن مات الثانى أوَّلًا ، بدأت بعِدَّتِه ، فإذا مات الأوَّلُ ، انْقَطَعتْ عِدَّةُ الثانى ، ثم ابتدأتْ عِدَّةَ الأوَّلِ ، فإذا أكْمَلَتْها ، أتَمَّتْ عِدَّةَ الثانى . وإن عُلِمَ مَوْتُ أحَدِهما ، وجُهِلَ وقتُ مَوْتِ الآخَرِ ، أو جُهِلَ مَوْتُهما ، فعليها أن تَعْتَدَّ عِدَّتَيْنِ من حينَ تيَقَّنَتِ المَوْتَ ، وتبدأُ بعِدَّةِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه أسْبَقُ وأوْلَى ، وإن كانت حاملًا ، فبوَضْعِ الحملِ تَنْقَضِى عِدَّةُ الثانى ؛ لأنَّ الولدَ منه ، ثم تَبْتَدِئُ بعدَه بعِدَّةِ الوفاةِ ، أرْبعةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا .

فصل : وإذا تزوَّجَتِ امرأةُ المَفْقُودِ ، فى وقتٍ ليس لها أن تتزَوَّجَ فيه ، مثل أن تتزوَّجَ قبلَ مُضِىِّ المُدَّةِ التى يباحُ لها التَّزْويجُ بعدَها ، أو كانت غَيْبَةُ زَوجِها ظاهِرُها السَّلامةُ ، أو ما أشْبَهَ هذا ، فنِكاحُها باطلٌ . وقال القاضى : إن تبيَّنَ أنَّ زَوْجَها قد مات ، وانْقَضَتْ عِدَّتُها منه ، أو فارَقَها وانْقَضتْ عِدَّتُها ، ففى صِحَّةِ نِكاحِها وَجْهان ؛ أحدُهما ، هو صحيحٌ ؛ / لأنَّها ليست فى نِكاحٍ ولا عِدَّةٍ ، فصَحَّ[91] تزوِيجُها ، كما لو عَلِمَتْ ذلك . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها مُعْتَقِدةٌ تَحْريمَ نكاحِها وبُطْلانَه . وأصلُ هذا مَن باعَ عَيْنًا فى يدِه يعتقِدُها لمَوْرُوثِه ، فبان مَوْرُوثُه مَيِّتًا والعينُ مَمْلوكةً

١٤٩/٨ظ

(٨٩–٨٩) سقط من : م . نقل نظر .
(٩٠) سقط من : الأصل .
(٩١) فى ب : « فيصح » .

له بالإرْثِ ، هل يَصِحُّ البيعُ ؟ فيه وَجْهان . كذا هٰهُنا . ومذهبُ الشافعىِّ مثلُ هذا .
ولَنا ، أنَّها تزوَّجَتْ فى مُدَّةٍ مَنَعَها الشرعُ من[92] النكاحِ فيها ، فلم يَصِحَّ ، كما لو تزوَّجَتِ الْمُعتدَّةُ فى عِدَّتِها ، أو المُرْتابةُ[93] قبلَ زَوالِ رِيبَتِها .

فصل : ويُقَسَّمُ مالُ المَفْقُودِ فى الوقتِ الذى تُؤْمَرُ زَوْجَتُه بعِدَّةِ الوفاةِ فيه . وبهذا قال قَتادةُ . وقال الشافعىُّ ، ومالكٌ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يُقَسَّمُ مالُه حتى تُعْلَمَ وفاتُه ؛ لأنَّ الأصلَ البقاءُ ، فلا يزولُ عنه[94] بالشكِّ ، وإنَّما صِرْنا إلى إباحةِ التَّزويجِ لِامْرَأتِه ، لإجْماعِ الصَّحابةِ ، ولأنَّ بالمرأةِ حاجةً إلى النِّكاحِ ، وضَرَرًا فى الانتظارِ ، فاخْتَصَّ ذلك بها . ولَنا ، أنَّ من اعتدَّتْ زَوْجَتُه للوَفاةِ قُسِّمَ مالُه ، كمَن قامتِ البيِّنةُ بمَوْتِه ، وما أجْمَعَ عليه الصحابةُ يُقاسُ عليه ما كان فى مَعْناه ، وتأخِيرُ القِسْمةِ ضَرَرٌ بالورثةِ ، وتعطيلٌ لمنافعِ المالِ ، وربَّما تَلِفَ أو قَلَّتْ قِيمَتُه ، فهو فى معنى الضَّرَرِ بتأْخِيرِ التَّزويجِ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الزَّوجُ المَفْقودُ فى زَوْجَتِه ، بطلاقٍ ، أو ظِهارٍ ، أو إيلاءٍ ، أو قَذْفٍ ، صَحَّ تَصَرُّفُه ؛ لأنَّ نِكاحَه باقٍ ، ولهذا خُيِّرَ فى أخْذِها ، وإنَّما حَكَمْنا بإباحةِ تَزْوِيجِها ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُه ، فلا يَبْطُلُ فى الباطنِ ، كما لو شَهِدَتْ بمَوْتِه بَيِّنةٌ كاذِبةٌ .

فصل : وإذا فَقَدتِ الأمَةُ زَوْجَها ، تَرَبَّصَتْ أَرْبَعَ سِنِينَ ، ثم اعْتَدَّتْ للوفاةِ شَهْرَينِ وخَمْسةَ أيَّامٍ . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ . وقال القاضى : تتربَّصُ نِصْفَ تَرَبُّصِ الحُرَّةِ . ورواه أبو طالبٍ عن أحمدَ . وهو قولُ الأوْزاعىِّ واللَّيْثِ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ مَضْروبةٌ للمرأةِ لِعَدَمِ زوجِها ، فكانت الأمَةُ فيه على النِّصْفِ من الحُرَّةِ ، كالعِدَّةِ . ولَنا ، أنَّ الأرْبَعَ سِنِينَ مَضْروبةٌ لكَوْنِها أكثرَ مُدَّةِ الحَمْلِ ، ومُدَّةُ الحَمْلِ فى الحُرَّةِ والأمةِ سَواءٌ ، فاسْتَوَيا فى

---

(92) سقط من : الأصل .

(93) فى الأصل : « والمرتابة » .

(94) فى م : « منه » .

التربُّصِ لها ، كالتِّسْعةِ الأشْهُر فى حَقِّ من ارْتَفعَ حَيْضُها لا تَدْرِى ما رَفَعَه ، وكالحَمْلِ نفسِه ، وبهذا ينْتَقِضُ قِياسُهُم . فأمَّا العَبْدُ ، فإن كانت زَوْجَتُه حُرَّةً ، فتربُّصُها كتَرَبُّصِ[95] الحُرَّةِ تحتَ الحُرِّ ، وإن كانتْ أمةً ، فهى كالأمَةِ تحتَ الحُرِّ ؛ لأنَّ العِدَّةَ مُعْتَبَرةٌ بالنِّساءِ دون الرجالِ ، وكذلك مُدَّةُ التربُّصِ . وحُكِيَ عن الزُّهْرِيِّ ، ومالكٍ ، أنَّه يُضْرَبُ له نِصفُ أجَلِ / الحُرِّ . والأَوْلَى ما قُلْناه ؛ لأنَّه تربُّصٌ مَشْروعٌ فى حَقِّ المرأةِ لفُرْقةِ زَوْجِها ، فأشْبَهَ العِدَّةَ . ٨/١٥٠و

فصل : فإن غاب رَجُلٌ عن زَوْجَتِه ، فشَهِدَ ثِقاتٌ بوَفاتِه ، فاعْتدَّتْ زوجَتُه للوفاةِ ، أُبيحَ لها أن تتزوَّجَ . فإن عاد الزوجُ بعدَ ذلك ، فحُكْمُه حُكْمُ المفقودِ ، يُخَيَّرُ زَوْجُها بينَ أخْذِها ، وتَرْكِها وله الصداقُ . وكذلك إن تظاهَرَتِ الأخْبارُ بمَوْتِه . وقد رَوَى الأثْرَمُ بإسْنادِه عن أبى المَلِيحِ ، عن سُهَيَّةَ[96] ، أن زَوْجَها صَيْفِىَّ بن فَسِيلٍ[97] ، نُعِىَ لها من قَنْدَابِيلَ[98] ، فتزَوَّجَتْ بعدَه ، ثم إنَّ زَوْجَها الأَوَّلَ قَدِمَ ، فأتَيْنا عثمانَ وهو محْصورٌ ، فأشْرَفَ علينا ، فقال : كيف أقْضِى بينَكم وأنا على هذا الحالِ ! فقُلْنا : قد رَضِينا بقَوْلِكَ . فقَضَى أن يُخَيَّرَ الزَّوجُ الأوَّلُ بين الصَّداقِ وبينَ المرأةِ . فرَجَعْنا . فلما قُتِلَ عثمانُ ، أتَيْنا عليًّا ، فخَيَّرَ الزَّوْجَ الأوَّلَ بينَ الصَّداقِ وبينَ المرأةِ ، فاخْتار الصَّداقَ ، فأخَذَ مِنِّى ألْفَيْن ، ومن زَوْجِى الآخرِ ألْفَين[99] . فإن حَصَلَتِ الفُرْقةُ بشَهادةٍ مَحْصُورةٍ ، فما

---

(٩٥) فى م : « تربص » .

(٩٦) فى النسخ : « شهية » . وفى سنن البيهقى : « سهيمة » . وفى نسخة منه : « شهبة » . وفى مصنف عبد الرزاق : « بنيهمة » . والمثبت فى : الطبقات الكبرى ، لابن سعد ، فى ترجمتها .

(٩٧) فى النسخ : « فشيل » . وفى نسخة من سنن البيهقى : « قيل » . وفى الطبقات الكبرى : « قسيل » . والمثبت فى : سنن البيهقى .

(٩٨) فى النسخ : « قيذائيل » . والمثبت فى الطبقات الكبرى . وفى سنن البيهقى : « قندابل » . وقندابيل : مدينة بالسند ، وهى قصبة لولاية يقال لها : الندهة . معجم البلدان ١٨٣/٤ .

(٩٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال بتخيير المفقود ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٧/٧ . وعبد الرزاق ، فى : باب التى لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٨٨/٧ ، ٨٩ . وابن سعد ، فى : الطبقات الكبرى ٤٧١/٨ .

حَصَلَ من غَرامةٍ فعليهما ؛ لأنّهما سَبَبٌ فى إيجابِها . وإن شَهِدَا[100] بمَوْتِ رَجُلٍ ، فقُسِّمَ مالُه ، ثم قَدِمَ ، فما وَجَدَ من مالِه أخَذَه . وما تَلِفَ منه أو تعذَّرَ رُجُوعُه فيه ، فله تَضْمِينُ الشاهِدَيْنِ ؛ لأنَّهما سَبَبُ الاسْتِيلاءِ عليه ، وللمالِكِ تَضْمِينُ المُتْلِفِ ؛ لأنَّه أتْلَفَ مالَه بغيرِ إذْنِه .

فصل : وإذا نَكَحَ رجلٌ امرأةً نِكاحًا مُتَّفَقًا على بُطْلانِه ، مثل أن يَنْكِحَ ذاتَ مَحْرَمِه ، أو مُعْتَدّةً يَعْلَمُ حالَها وتَحْرِيمَها ، فلا حُكْمَ لعَقْدِه ، والخَلوةُ بها كالْخَلْوةِ بالأَجْنَبِيَّةِ ، لا تُوجِبُ عِدَّةً ، وكذلك الموتُ عنها لا يوجبُ عِدَّةَ الوفاةِ . وإن وَطِئَها ، اعْتَدَّتْ لوَطْئِه بثلاثةِ قُرُوءٍ منذُ وَطِئَها ، سَواءٌ فارَقَها ، أو مات عنها ، كما لو زَنَى بها من غيرِ عَقْدٍ . وإن نَكَحَها نِكاحًا مُخْتَلَفًا فيه ، فهو فاسِدٌ ، فإن مات عنها ، فنَقَلَ جعفرُ بن محمدٍ ، أنَّ عليها عِدَّةَ الوفاةِ . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ . وقال أبو عبدِ الله ابن حامدٍ : ليس عليها عِدَّةُ الوفاةِ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه نكاحٌ لا يُثْبِتُ الحِلَّ ، فأشْبَهَ الباطِلَ . فعلى هذا ، إن كان قبلَ الدُّخولِ ، فلا عِدَّةَ عليها ، وإن كان بعدَه ، اعْتَدَّتْ بثلاثةِ قُرُوءٍ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه نكاحٌ يَلْحَقُ به النَّسَبُ ، فوَجَبَتْ به عِدَّةُ الوَفاةِ ، كالنِّكاحِ الصَّحيحِ ، وفارَقَ الباطلَ ، فإنَّه لا يَلْحَقُ به النَّسَبُ . وإن فارَقَها فى الحياةِ بعدَ الإِصابةِ ، اعْتَدَّتْ بعدَ فُرْقَتِه بثلاثةِ قُرُوءٍ ، ولا اخْتلافَ فيه . وإن كان قبلَ الخَلْوةِ / ، فلا عِدَّةَ عليها ، بلا خلافٍ ؛ لأنَّ المُفارقةَ فى الحياةِ فى النِّكاحِ الصَّحِيحِ لا عِدَّةَ عليها ، [101] بلا خلافٍ[101] ، ففى الفاسِدِ أوْلَى . وإن كان بعدَ الخَلْوةِ قبلَ الإِصابةِ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ ، أنَّ عليها العِدَّةَ ؛ لأنَّه يَجْرِى[102] مَجْرَى النِّكاحِ الصَّحِيحِ فى لُحُوقِ النَّسَبِ ، فكذلك فى العِدَّةِ . وقال الشافعىُّ : لا عِدَّةَ عليها ؛ لوَجْهَيْن ؛ أحدهما ، أنَّها خَلْوةٌ فى غيرِ نكاحٍ صحيحٍ ، أشْبَهتِ التى نِكاحُها باطلٌ . والثانى ،

٨/١٥٠ ظ

---

(١٠٠) فى م : « شهدوا » .

(١٠١–١٠١) سقط من : ا ، ب .

(١٠٢) فى ب ، م : « جرى » .

أنَّ الخَلْوةَ عندَه فى النِّكاحِ الصحيحِ لا تُوجِبُ العِدَّة، ففى الفاسدِ أوْلَى . وهذا مُقْتَضَى قولِ ابن حامدٍ .

فصل : فى عِدَّةِ المُعْتَقِ بعضُها . ومتى كانت مُعْتَدَّةً بالحَمْلِ أو بالقُرُوءِ ، فعِدَّتُها كعِدَّةِ الحُرَّةِ ؛ لأنَّ عِدَّةَ الحاملِ لا تختلِفُ بالرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، وعِدّةُ الأَمَةِ بالقُرُوءِ قُرْءان ، فأدْنَى ما يكونُ فيها من الحُرِّيةِ يُوجِبُ قُرْءًا ثالثًا ، لأنَّه لا يتبَعَّضُ . وإن كانتْ مُعْتَدَّةً بالشهورِ ؛ إمَّا للوَفاةِ ، وإمَّا للإِيَاسِ أو الصِّغَرِ ، فعِدَّتُها بالحسابِ من عِدَّةِ حُرَّةٍ وأَمَةٍ ، فإذا كان نِصْفُها حُرًّا ، فاعْتدَّتْ للوفاةِ ، فعليها ثلاثةُ أشْهُرٍ وثمانِ ليالٍ ؛ لأنَّ الليلَ يُحْسَبُ مع النهارِ ، فيكونُ عليها ثلاثةُ أرْباعِ ذلك ، وإن كانت مُعْتَدَّةً بالشُّهورِ عن الطلاقِ ، وقُلْنا : إنَّ عِدَّةَ الأَمَةِ شهرٌ ونصفٌ . كان عِدَّةُ المُعْتَقِ نِصْفُها[103] شَهْرَيْن ورُبْعًا . وإن قُلْنا : عِدَّةُ الأمةِ شَهْران أو ثلاثةُ أشْهُرٍ . فعدَّةُ المُعْتَقِ بعضُها ، كعِدَّةِ الحُرَّةِ ، سَواءً . وأُمُّ الولدِ ، والمُدَبَّرةُ ، والمكاتَبَةُ ، عِدّتُهُنَّ كَعِدَّةِ الأمةِ ، سَواءً ؛ لأنَّهُنَّ إماءٌ .

١٣٥٧ – مسألة ؛ قال : (وأُمُّ الْوَلَدِ إذَا مَاتَ سَيِّدُهَا ، فَلَا تَنْكِحُ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً كامِلَةً)

هذا هو[1] المشهورُ عن أحمدَ . وهو قولُ ابنِ عمرَ . ورُوِىَ ذلك عن عثمانَ ، وعائشةَ ، والحسنِ ، والشَّعْبىِّ ، والقاسمِ بن محمدٍ ، وأبى قِلَابَةَ ، ومَكْحُولٍ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثورٍ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّها تَعْتَدُّ عِدّةَ الوفاةِ أربعةَ أشهُرٍ وعَشْرًا . وهو قولُ سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وأبى عِياضٍ ، وابن سِيرِينَ ، وسعيدِ بن جُبَيْرٍ ، ومُجاهِدٍ ، وخِلَاسِ[2] بن عمرٍو ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، والزُّهْرِىِّ ، ويَزِيدَ بن عبدِ الملكِ ، والأوْزاعىِّ ، وإسْحاقَ ؛ لما رُوِىَ عن عمرِو بن العاصِ ، أنَّه قال : لا تُفْسِدُوا

---

(١٠٣) فى ب ، م : « نصفه » .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) فى النسخ : « خلاص » . وتقدم فى : ٤٣٩/٩ .

علينا سُنَّةَ نَبِيِّنا ﷺ ، عدَّةُ أُمِّ الولدِ إذا تُوُفِّيَ عنها سَيِّدُها أَرْبَعةُ أشْهُرٍ وعَشْرٌ . رَواه أبو داودَ[3] . ولأنَّها حُرَّةٌ تَعْتَدُّ للوفاةِ ، فكانت عِدَّتُها أربعةَ أشْهُرٍ وعشرًا ، كالزَّوْجةِ الحُرَّةِ . وحَكَى أبو الخَطَّابِ ، روايةً ثالثةً / ، أنَّها[4] تَعْتَدُّ شَهْرينِ وخمسةَ أيَّام . ولم أجِدْ هذه الرِّوايةَ عن أحمدَ ، فى « الجامعِ » ، ولا أظُنُّها صحيحةً عن أحمدَ . ورُوِيَ ذلك عن عَطاءٍ ، وطاوُسٍ ، وقَتادةَ ؛ لأنَّها[5] حينَ الموتِ أمَةٌ ، فكانتْ عِدَّتُها عِدَّةَ الأَمَةِ ، كما لو مات رجلٌ عن زوجَتِه الأمَةِ ، فعتقَتْ بعد مَوْته . ويُـرْوَى[6] عن علىٍّ ، وابـنِ مسعـودٍ ، وعَطاءٍ ، والنَّخَعىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، أنَّ عِدَّتَها ثلاثُ حِيَضٍ ؛ لأنَّها حُرَّةٌ تُسْتَبْرأُ ، فكان اسْتِبْراؤُها بثلاثِ حِيَضٍ ، كالحُرَّةِ المُطَلَّقةِ . ولَنا ، أنَّه اسْتِبْراءٌ لزَوالِ المِلْكِ عن الرَّقَبةِ ، فكان حَيْضَةً فى حَقِّ مَنْ تَحِيضُ ، كسائرِ اسْتِبْراءِ المُعْتَقـاتِ والمَمْلُوكاتِ ، ولأنَّه اسْتِبْراءٌ لغيرِ الزَّوجاتِ والمَوْطُوءاتِ بشُبْهةٍ ، فأشْبَهَ ما ذكَرْنا . قال القاسمُ بن محمدٍ : سُبحانَ الله ، يقول اللهُ تعالى فى كتابه : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾[7] . ماهُنَّ بأزْواجٍ . فأمَّا حديثُ عمرِو بن العاصِ ، فضَعِيفٌ . قال ابنُ المنذرِ : ضَعَّفَ أحمدُ وأبو عُبَيْدٍ حَدِيثَ عمرِو بن العاصِ . وقال محمدُ بن موسى[8] :

٨/١٥١و

---

(٣) فى : باب فى عدة أم الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٣٩ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب عدة أم الولد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٧٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٢٠٣ . والدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣/٣٠٩ . والبيهقى ، فى : باب استبراء أم الولد ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧/٤٤٧ ، ٤٤٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : عدتها أربعة أشهر وعشرا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/١٦٢ .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى م : « ولأنها » .

(٦) فى ب : « وروى » .

(٧) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٨) لعله ابن مشيش البغدادى ، كان يستملى للإمام أحمد ، وكان من كبار أصحابه . طبقات الحنابلة ١/٣٢٣ . وترجم ابن أبى يعلى لمحمد بن موسى بن أبى موسى النهرتيرى البغدادى أيضا ، وذكر أنه كان عنده جزء مسائل كبار جياد عن الإمام أحمد . انظر : طبقات الحنابلة ١/٣٢٣ ، ٣٢٤ .

سألتُ أبا عبدِ الله عن حديثِ عمرِو بن العاصِ ، فقال : لا يَصِحُّ . وقال المَيْمُونِيُّ : رأيتُ أبا عبدِ الله يَعْجَبُ من حديثِ عمرِو بن العاصِ هذا ، ثم قال : أينَ سُنَّةُ النَّبِيِّ ﷺ فى هذا ؟ وقال : أَرْبَعةُ أَشْهُرٍ وعشرٌ إنَّما هى عِدَّةُ الحُرَّةِ من النكاحِ ، وإنَّما هذه أَمَةٌ خَرَجَتْ من الرِّقِّ إلى الحُرِّيَّةِ . ويَلْزَمُ من قال بهذا أن يُوَرِّثَها . وليس لقولِ من قال : تَعْتَدُّ بثلاثِ حِيَضٍ . وَجْهٌ، وإنَّما[9] تَعْتَدُّ بذلك المُطلَّقةُ ، وليست هذه مُطَلَّقةً ، ولا فى معنى المُطلَّقةِ . وأمَّا قِياسُهمْ إيَّاها على الزَّوْجاتِ ، فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّ[10] هذه ليست زَوْجةً ، ولا فى حُكْمِ الزَّوجةِ ، ولا مُطَلَّقةً ، ولا فى حُكْمِ المُطلَّقةِ .

فصل : ولا يَكْفِى فى الاسْتِبْراءِ طُهْرٌ واحدٌ ، ولا بعضُ حَيْضَةٍ . وهذا قولُ أكْثرِ أهلِ العلمِ . وقال بعضُ أصحابِ مالكٍ : متى طَعَنَتْ فى الحَيْضَةِ ، فقد تَمَّ اسْتِبْراؤُها . وزَعَمَ أنَّه مذهبُ مالكٍ . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قولَيْه : يَكْفِى طُهْرٌ واحدٌ إذا كان كاملًا ، وهو أن يَمُوتَ فى حَيْضِها ، فإذا رأتِ الدَّمَ من الحَيْضَةِ الثانيةِ ، حَلَّتْ ، وتَمَّ اسْتِبْراؤُها . وهكذا الخلافُ فى الاسْتِبْراءِ كلِّه ، وبَنَوْا هذا على أنَّ القُرُوءَ الأَطْهارُ ، وهذا يَرُدُّه قولُ النَّبِىِّ ﷺ / : « لا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بحَيْضَةٍ »[11] . وقال رُوَيْفِعُ بن ثابتٍ : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ يومَ خَيْبَرَ : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ والْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَطَأْ جَارِيَةً مِنَ السَّبْىِ حَتَّى يَسْتَبْرِئَها[12] بِحَيْضَةٍ » . رواه الأَثْرَمُ[13] . وهذا صريحٌ فلا يُعَوَّلُ على ما خالَفَه . ولأنَّ الواجبَ اسْتِبْراءٌ ، والذى يَدُلُّ على البَراءةِ هو الحَيْضُ ، فإنَّ الحاملَ لا تَحِيضُ . فأمَّا الطُّهْرُ فلا دَلالةَ فيه[14] على

١٥١/٨ظ

(٩) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

(١٠) فى ا ، ب ، م : « فإن » .

(١١) تقدم تخريجه ، فى : ٤٤٤/١ .

(١٢) فى ا ، ب : « تستبرأ » .

(١٣) وأخرجه أيضا الدارمى عن رويفع فى يوم خيبر ، فى : باب استبراء الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢٢٧/٢ . وانظر ما تقدم فى : ٤٤٤/١ .

(١٤) فى ا ، م : « عليه » .

الْبَراءةِ ، فلا يجوزُ أن يُعَوَّلَ فى الاسْتِبْراءِ على ما لا دَلالةَ فيه[١٥] عليه ، دون ما يَدُلُّ عليه . وبناؤُهم قولَهم هذا على قولِهم[١٦] : إن القُروءَ الأطْهارُ . بناءٌ للخِلافِ[١٧] على الخِلَافِ ، وليس ذلك بحُجّةٍ ، ثم لم يُمْكِنْهم بناءُ هذا على ذاك حتى خالَفوه ، فجعلُوا الطُّهْرَ الذى طَلَّقَها فيه قُرْءًا ، ولم يجعلُوا الطُّهْرَ الذى مات فيه سَيِّدُ أمِّ الولدِ قُرْءًا ، وخالَفوا الحديثَ والمعنى . فإن قالوا : إنَّ بعضَ الحَيْضَةِ المُقْتَرِنَ بالطُّهْرِ يدلُّ على الْبراءةِ . قُلْنا : فيكونُ الاعتمادُ حينَئِذٍ على بعضِ الحَيْضَةِ ، وليس ذلك قُرْءًا عندَ أحدٍ . فإذا تقرَّرَ هذا ، فإن مات عنها وهى طاهرٌ ، فإذا طَهُرَتْ من الحَيْضَةِ المُسْتَقْبَلةِ[١٨] حَلَّتْ ،[١٩] وإن كانت حائِضًا ، لم تعْتَدَّ ببقِيَّةِ تلك الحَيْضَةِ ، ولكن متى طَهُرَتْ من الحَيْضةِ الثانية حَلَّتْ[١٩] ؛ لأنَّ اسْتِبْراءَ هذه بحَيْضَةٍ ، فلابُدَّ من حَيْضةٍ كاملَةٍ .

١٣٥٨ – مسألة ؛ قال : (**وَإنْ كَانَتْ آيِسًا[١] ، فبِثَلاثَةِ أشْهُرٍ**)

وهذا المشهورُ عن أحمدَ أيضًا . وهو قولُ الحسنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىِّ ، وأبى قِلَابَةَ ، وأحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وسأل عمرُ بن عبد العزيزِ أهلَ المدينةِ والقوابلَ ، فقالوا : لا تُسْتَبْرأُ الحُبْلَى فى أقَلَّ من ثلاثةِ أشْهُرٍ . فأعْجَبَه قولُهم . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّها تُسْتَبْرأُ بشَهْرٍ . وهوقولٌ ثانٍ للشافعىِّ ؛ لأنَّ الشهرَ قائمٌ مَقامَ القُرْءِ فى حَقِّ الحُرَّةِ والأمَةِ المُطَلَّقةِ ، فكذلك فى الاسْتِبْراءِ . وذكر القاضى روايةً ثالثةً ، أنَّها تُسْتَبْرأُ بشَهْرَيْنِ ، كعِدَّةِ الأمَةِ المُطلَّقةِ . ولم أرَ لذلك[٢] وَجْهًا ، ولو كان استبراؤُها بشَهْرينِ ، لَكان

---

(١٥) سقط من : ا ، ب ، م .
(١٦) سقط من : الأصل .
(١٧) فى ب : « الخلاف » .
(١٨) فى ب : « الثانية » .
(١٩–١٩) سقط من : ب . نقل نظر .
(١) فى الأصل ، ب : « مؤيسة » .
(٢) فى م : « بذلك » .

اسْتِبْراءُ ذاتِ القُرْءِ بقُرْأين، ولم[٣] نَعْلَمْ به قائلًا. وقال سعيدُ بن المُسَيَّب، وعَطاءٌ، والضَّحَّاكُ، والحَكَمُ، في الأَمَةِ التي لا تَحِيضُ: تُسْتَبْرأُ بشَهْرٍ ونِصْفٍ. ورَوَاه حنبلٌ عن أحمدَ، فإنَّه قال: قال عَطاءٌ: إن كانت لا تَحِيضُ، فخَمْسٌ وأربعون ليلةً. قال عَمِّي: كذلك أذْهَبُ؛ لأنَّ عِدَّةَ الأَمَةِ[٤] المُطَلَّقةِ الآيِسَةِ كذلك. والمشهورُ عن أحمدَ الأوَّلُ.

١٥٢/٨و /قال أحمدُ بن القاسِمِ: قلتُ لأبى عبدِ الله: كيف جَعَلْتَ ثلاثةَ أشْهُرٍ مكانَ حَيْضَةٍ، وإنما جَعَلَ اللهُ في القرآنِ مكانَ كلِّ حَيْضَةٍ شهرًا؟ فقال: إنَّما قُلْنا بثلاثةِ[٥] أشْهُرٍ من أجلِ الحَمْلِ، فإنَّه لا يَتَبَيَّنُ فى أقَلَّ من ذلك، فإنَّ عمرَ بن عبد العزيزِ سأل عن ذلك، وجَمَعَ أهلَ العلمِ والقَوابِلَ، فأخْبَرُوه أنَّ الحَمْلَ لا يتبيَّنُ فى أقَلَّ من ثلاثةِ أشْهُرٍ، فأعْجبَه ذلك. ثم قال: ألا تَسْمَعُ قولَ ابنِ مسعودٍ: إن النُّطْفةَ أرْبَعِينَ يوما، ثم عَلَقةً أربعِينَ يوما، ثم مُضْغَةً بعد ذلك[٦]. قال أبو عبدِ الله: فإذا خَرَجَت الثَّمانُونَ، صار بعدَها مُضْغةً، وهى لَحْمٌ، فتَبَيَّنَ حينَئذٍ. وقال لى: هذا معروفٌ عند النِّساءِ. فأمَّا شَهْرٌ، فلا معنى فيه، ولا نعلمُ به قائلا. ووَجْه اسْتِبْرائِها[٧] بشَهْرٍ، أنَّ اللهَ تعالى جَعَلَ الشهرَ مكانَ الحَيْضَةِ، ولذلك اخْتلَفتِ الشُّهورُ باخْتلافِ الحَيضاتِ، فكانتْ عدَّةُ الحُرَّةِ الآيِسَةِ ثلاثةَ أشْهُرٍ، مكانَ ثلاثةِ قُرُوءٍ، وعدةُ الأَمَةِ شَهْرَيْن، مكانَ قُرْأَيْنِ، وللأَمَةِ[٨] المُسْتَبْرأَةِ التى ارْتَفَعَ حيضُها عشرةُ أشْهُرٍ؛ تِسْعةٌ للحَمْلِ، وشهرٌ مكانَ الحَيْضَةِ، فيجبُ أن يكونَ مكانَ الحَيْضَةِ هٰهُنا شهرٌ، كما فى حَقِّ مَن ارْتَفَعَ حَيْضُها. فإن قيل: فقد وُجِدَ ثَمَّ ما دَلَّ على البَراءةِ، وهو تَرَبُّصُ تِسْعةِ أشْهُرٍ. قُلْنا: وهٰهُنا ما يَدُلُّ على البَراءةِ، وهو الإِيَاسُ، فاسْتَوَيا.

---

(٣) فى ا: «ولا».
(٤) سقط من: ب.
(٥) فى ا: «ثلاثة».
(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣١.
(٧) فى م: «استبرائه».
(٨) فى ب: «وللامرأة».

١٣٥٩ - مسألة ؛ قال : (**وَإِنِ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَدْرِى مَا رَفَعَهُ ، اعْتَدَّتْ بِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ**[١] **، وشَهْرٍ مَكَانَ الْحَيْضَةِ**)

فى[٢] هذه المسألةِ أيضًا رِوَايتان ؛ إحداهما ، أنَّها تُسْتَبْرأُ بعشرةِ أشْهُرٍ . والثانية بسَنَةٍ ؛ تِسعةُ أشْهُرٍ للحَمْلِ ، لأنَّها غالبُ مُدَّتِه ، وثلاثةُ أشْهُرٍ مكانَ الثلاثةِ التى تُسْتَبْرأُ بها الآيِسَاتُ . وقد ذكَرْنا الرِّوايتَيْنِ فى الآيِسَةِ ، وذكَرْنا أن المُخْتارَ عن أحمدَ اسْتِبراؤُها بثلاثةِ أشْهُرٍ ، وهٰهُنا جعَلَ مكانَ الحَيْضةِ شهرًا ؛ لأنَّ اعتبارَ تَكْرارِها فى الآيِسَةِ ، لتُعْلَمَ براءَتُها من الحَمْلِ ، وقد عُلِمَ براءَتُها منه هٰهُنا بمُضِىِّ غالبِ مُدَّتِه ، فجُعِلَ الشهرُ مكانَ الحَيْضَةِ على وَفْقِ القِياسِ .

فصل : وإن عَلِمَتْ ما رَفَعَ الحَيْضَ ، لم تَزَلْ فى الاسْتِبْراءِ حتى يَعُودَ الحيضُ ، فتَسْتَبْرِئُ نَفْسَها[٣] بحَيْضةٍ ، إلَّا أن تَصِيرَ آيِسَةً ، فتَسْتَبْرِئُ نَفْسَها اسْتِبْراءَ الآيِسَاتِ . وإن ارْتابَتْ بنفْسِها[٤] ، فهى كالحُرَّةِ المُسْتَرِيبَةِ[٥] . وقد ذكَرْنا حُكْمَها فيما مضَى من هذا البابِ . واللهُ تعالى أعلمُ .

١٣٦٠ - / مسألة ؛ قال : (**وإنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَحَتَّى تَضَعَ**) ١٥٢/٨ ظ

وهذه ، بحَمْدِ الله ، لا خِلافَ فيها فإنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَأُولَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[١] . وقال النَّبىُّ ﷺ : « لا تُوطَأُ حامِلٌ حتَّى تَضَعَ »[٢] . ولأنَّ عِدَّةَ الحُرَّةِ والأَمَةِ والمُتَوَفَّى عنها والمُطَلَّقةِ واسْتِبْراءَ كلِّ أمةٍ إذا كانت

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى ا ، ب ، م : « وفى » .
(٣) فى م : « بنفسها » .
(٤) فى م : « نفسها » .
(٥) فى ب : « المستبرية » .
(١) سورة الطلاق ٤ .
(٢) تقدم تخريجه ، فى ١٠/٤٤٤ .

حامِلًا بوَضْعِ حَمْلِها ، وذلك لأنَّ المَقْصودَ من العِدَّةِ والاسْتِبْراءِ معرفةُ بَراءةِ الرَّحِمِ من الحَمْلِ ، وهذا يَحْصُلُ بوَضْعِه ، ومتى كانت حامِلًا باثْنَيْنِ أو أكثرَ . فلا يَنْقَضِى اسْتِبْراؤُها حتى تَضَعَ آخِرَ حَمْلِها ، على ما ذكَرْنا فى المُعْتَدَّةِ .

فصل : وإذا زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِه ، ثم مات ، عَتَقَتْ ، ولم يَلْزَمْها اسْتِبْراءٌ ؛ لأنَّها مُحَرَّمةٌ على المَوْلَى ، وليستْ له فِراشًا ، وإنَّما هى فِراشٌ للزَّوْجِ ، فلم يَلْزَمْها الاسْتِبْراءُ ممَّن ليستْ له فِراشًا ، ولأنَّه لم يُزَوِّجْها حتى اسْتَبْرأها ، فإنَّه لا يَحِلُّ له تَزْوِيجُها قبلَ اسْتِبْرائِها . فإن طَلَّقَها الزَّوْجُ قبلَ دُخُولِه بها ، فلا عِدَّةَ عليها أيضًا ، وإن طَلَّقَها بعدَ المَسِيسِ ، أو مات عنها قبلَ ذلك أو بعدَه ، فعليها عِدَّةُ حُرَّةٍ كامِلَةً ؛ لأنَّها قد صارت حُرَّةً فى حالِ وُجُوبِ العِدَّةِ عليها . وإن مات سَيِّدُها وهى فى عِدَّةِ الزَّوجِ ، عتَقَتْ ، ولم يَلْزَمْها اسْتِبْراءٌ ، لما ذكَرْناه ، ولأنَّه زال فِراشُه عنها قبلَ مَوْتِه ، فلم يلزَمْها اسْتِبْراءٌ من أجْلِه ، كغيرِ أُمِّ الولدِ إذا باعَها ثم مات . وتَبْنِى على عِدَّةِ أَمَةٍ إن كان طَلَاقُها بائِنًا ، أو كانتْ مُتَوَفًّى عنها ، وإن كانت رَجْعِيَّةً ، بَنَتْ على عِدَّةِ حُرَّةٍ ، على ما مضَى . وإن بانَتْ من الزَّوجِ قبلَ الدُّخولِ بطَلاقٍ ، أو بانتْ بمَوْتِ زَوْجِها ، أو طَلاقِه بعدَ الدخولِ ، فقَضَتْ عِدَّتَه ، ثم مات سَيِّدُها ، فعليها الاسْتِبْراءُ ؛ لأنَّها عادَتْ إلى فِراشِه . وقال أبو بكر : لا يلزمُها اسْتِبْراءٌ ، إلَّا أن يَرُدَّها السَّيِّدُ إلى نَفْسِه ؛ لأنَّ فِراشَه قد زال بتَزْوِيجِها ، ولم يتَجَدَّدْ لها ما يَرُدُّها إليه ، فأشْبَهتِ الأَمَةَ غيرَ المَوْطُوءةِ .

فصل : فإن مات زوجُها وسَيِّدُها ، ولم تَعْلَمْ أيُّهما مَات أوَّلًا ، فعلى قولِ أبى بكرٍ ، ليس عليها اسْتِبْراءٌ ؛ لأنَّ فِراشَ سَيِّدِها قد زال عنها ، ولم تَعُدْ إليه ، وعليها أن تعْتَدَّ لوَفاةِ زَوْجِها عِدَّةَ الْحَرائِرِ ؛ (٣)لأنَّه(٤) يَحْتَمِلُ أنَّ سَيِّدَها مات أوَّلًا ، ثم مات زَوْجُها وهى حُرَّةٌ فلَزِمَها عدَّةُ الحُرَّةِ(٣) ، لتَخْرُجَ من العِدَّةِ بيَقِينٍ . وعلى القولِ الآخرِ ، إن كان بين مَوْتِهما

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : « ولأنه » .

شَهْران وخَمْسةُ أيَّامٍ فما دُونَ ، فليس عليها اسْتِبْراءٌ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ إن كان ماتَ أوَّلًا ، فقد مات وهى زَوْجَتُه ، وإن كان مات آخِرًا ، فقد مات وهى مُعْتَدَّةٌ ، وليس عليها اسْتِبْراءٌ فى هاتين الحالتَيْنِ / ، وعليها أن تَعْتَدَّ بعدَ مَوْتِ الآخِرِ منهما (٥ عِدَّةَ الحُرَّةِ ؛ لما ذكَرْناه . ١٥٣/٨ و

وإن كان بين مَوْتِهما أكثرُ من ذلك ، فعليها بعد مَوْتِ الآخِرِ منهما ٥) أطْوَلُ الأجلَيْنِ ، من أرْبعةِ أشْهُرٍ وعَشْرٍ ، واسْتِبْراءٍ بحَيْضَةٍ [٦] ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّ [٧] السَّيِّدَ مات أوَّلًا ، فيكونُ عليها عِدَّةُ الحُرَّةِ من الوَفاةِ ، ويَحْتَمِلُ أنَّه مات آخِرًا ، بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها من الزَّوْجِ ، وعَوْدِها إلى فِراشِه ، فلَزِمَها الاسْتِبْراءُ بحَيْضةٍ ، فوجَبَ الجَمْعُ بينهما لِيَسْقُطَ الفَرْضُ بيَقينٍ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : وعلى هذا جميعُ القائلينَ من العلماءِ بأنَّ عِدَّةَ (٨ أُمِّ الولدِ ٨) من سَيِّدِها بحَيْضةٍ ، ومن زَوْجِها شَهْران وخمسُ ليالٍ ، فإن جُهِلَ ما بين مَوْتِهما [٩] ، فالحُكْمُ فيه كما لو عَلِمْنا أنَّ بينهما شَهْرَينِ وخَمْسَ ليالٍ ، احْتياطًا لإسقاطِ الفَرْضِ بيَقِينٍ ، كما أخَذْنا بالاحْتياطِ فى الإيجابِ [١٠] بين عِدَّةِ حُرَّةٍ وحَيْضةٍ ، فيما إذا عَلِمْنا أنَّ بينهما شَهْرَيْن وخمسَ ليالٍ . وقولُ أصحابِ الشافعيِّ فى هذا الفصلِ [١١] كقَوْلِنا [١٢] ، وكذلك قولُ أبى حنيفةَ وأصحابه ، إلَّا أنَّهم جعَلُوا مكانَ الحَيْضةِ ثلاثَ حَيْضاتٍ ، بِناءً على أصْلِهم فى اسْتِبْراءِ أُمِّ الوَلَدِ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : حُكْمُها حكمُ الإماءِ ، وعليها شَهْرانِ وخمسةُ أيامٍ ، ولا أنْقُلُها إلى حُكْمِ الحرائرِ إلَّا بإحاطةِ أنَّ الزَّوجَ مات بعدَ المَوْلَى . وقيل : إنَّ هذا قولُ أبى بكرٍ عبدِ العزيز أيضًا . والذى ذكَرناه أحْوَطُ . فأمَّا المِيراثُ ، فإنَّها لا

(٥ - ٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) فى ب : « الحيضة » .

(٧) فى م زيادة : « يكون » .

(٨ - ٨) فى م : « الأمة » .

(٩) فى م : « موتهن » .

(١٠) فى الأصل : « بالإيجاب » .

(١١) فى م : « القول » .

(١٢) فى م : « مثل قولنا » .

تَرِثُ مِن زَوْجِها شَيْئًا ؛ لأنَّ الأصلَ[13] الرِّقُّ ، والحرِّيَّةُ مَشْكوكٌ فيها ، فلم تَرِثْ مع الشَّكِّ ، والفَرْقُ بين الإرْثِ والعِدَّةِ ، أنَّ إيجابَ العِدَّةِ عليها اسْتِظْهارٌ لا[14] ضَرَرَ فيه على غيرِها ، وإيجابَ الإرْثِ إسْقَاطٌ لِحَقِّ غيرِها ، ولأنَّ الأصْلَ تَحْرِيمُ النِّكاحِ عليها ، فلا يَزُولُ إلَّا بيَقِينٍ ، والأصْلُ عَدَمُ الميراثِ لها ، فلا تَرِثُ إلَّا بيَقِينٍ . فإن قيل : أفَلَيْسَ [15]زوجَةُ المَفْقُودِ لو ماتتْ[15] وَقَفَ مِيرَاثُه منها مع الشكِّ فى إرْثِه ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينهما أنَّ الأصْلَ هٰهُنا الرِّقُّ ، والشَّكُّ فى زَوَالِه وحُدُوثِ الحال التى يَرِثُ فيها ، والمَفْقُودُ الأصْلُ حياتُه ، والشَّكُّ فى مَوْتِه وخُروجِه عن كَوْنِه وارِثًا ، فافْتَرقا .

١٣٦١ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ أعْتَقَ أُمَّ وَلَدِه ، أوْ أمَةً كَانَ يُصِيبُهَا ، لمْ تَنْكِحْ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً كامِلَةً ، وكَذٰلِكَ إنْ أرَادَ أنْ يُزَوِّجَها[1] ، وَهِىَ فى مِلْكِه ، اسْتَبْرأَهَا بِحَيْضَةٍ ، ثُمَّ زَوَّجَها[2])

لا يَخْتلفُ المذهبُ فى [3]أنَّ الاسْتِبراءَ هٰهُنا بحَيْضةٍ فى ذاتِ القُرُوءِ . وهو قولُ الشافعىِّ . وهو قولُ الزُّهْرِىِّ والثَّوْرِىِّ ، فى مَن / أراد تَزْوِيجَ[4] أمَةٍ كان يُصِيبُها . وقال ٨/١٥٣ظ أصحابُ الرَّأىِ : ليس عليها اسْتِبْراءٌ ؛ لأنَّ له بَيْعَها ، فكان له تَزْوِيجُها ، كالتى لا يُصِيبُها . وقال عَطاءٌ ، وقَتادةُ : عِدَّتُها حَيْضَتان ، كعِدَّةِ الأمَةِ المُطَلَّقةِ . ولَنا ، أنَّها فِراشٌ لسَيِّدِها ، فلم يَجُزْ أن تَنْتَقِلَ إلى فِراشِ غيرِه بغيرِ اسْتِبْراءٍ ، كما لو مات عنها ، ولأنَّ هذه مَوْطُوءةٌ وَطْئًا له حُرْمةٌ ، فلم يَجُزْ أن تتزَوَّجَ قبلَ الاسْتِبْراءِ ، كالمَوْطوءةِ بشُبْهةٍ ،

---

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) فى الأصل : « ولا » .

(١٥ – ١٥) فى م : « المفقود إذا ماتت زوجته » .

(١) فى ا : « يتزوجها » .

(٢) فى ا : « تزوجها » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى ا : « تزوج » .

وهذا لأنَّه إذا وَطِئها سَيِّدُها اليومَ ، ثم زَوَّجها[٥] ، فوَطِئَها الزَّوْجُ فى آخِرِ اليومِ ، أفْضَى إلى اخْتلاطِ المِيَاهِ ، وامْتِزاجِ الأنْسابِ ، وهذا لا يَحِلُّ ، ويخالفُ البَيْعَ ؛ فإنَّها لا تَصِيرُ به فِراشًا ، ولا يَحِلُّ لمُشْتَرِيها وَطْؤُهَا حتى يَسْتَبْرِئَها ، فلا يُفْضِى إلى اخْتِلاطِ المِيَاهِ ، ولهذا يَصِحُّ فى المُعْتدَّةِ والمُتَزوِّجةِ[٦] ، بخلافِ التَّزْوِيجِ .

فصل : فإن لم تكُنْ من ذَواتِ القُرُوءِ ، فاسْتِبْراؤُها بما ذكَرْنا فى أُمِّ الوَلَدِ ، على ما شَرَحْنا . ومفهومُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ، أنَّها إذا كانت أمَةً لا يَطَؤُها سَيِّدُها ، لم يَلْزَمْها استبراءٌ ؛ لأنَّها ليست فِراشًا لسيِّدِها ، فلم يَلْزَمْها الاسْتِبْراءُ ، كالمُزَوَّجةِ والمُعْتَدَّةِ ، ولأنَّ تَرْكَها بالاسْتِبْراءِ[٧] لا يُفْضِى إلى اخْتلاطِ المِيَاهِ ، وامْتِزاجِ الأنْسابِ ، بخلافِ المَوْطُوءةِ .

فصل : وإن مات عن أمَةٍ كان يُصِيبُها ، فاسْتِبْراؤُها بما ذكَرْنا فى أُمِّ الولَدِ ؛ لأنَّها فِراشٌ لسَيِّدِها ، فأشْبهَتْ أُمَّ الولِدِ ، إلَّا أنَّها إن[٨] كانت من ذَواتِ القُرُوءِ ، فاسْتِبْراؤُها بحَيْضةٍ واحدةٍ ، روايةً واحدةً ؛ لأنَّها لا تَصِيرُ حُرَّةً .

فصل : وإن أَعْتَقَ أُمَّ وَلَدِه ، أو أمَتَه التى كان يُصِيبُها ، أو غيرَها ممَّن تَحِلُّ له إصابَتُها ، فله أن يتَزَوَّجَها فى الحالِ ، من غيرِ اسْتِبْراءٍ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ أعْتَقَ صَفِيَّةَ ، وتزَوَّجَها ، وجَعَلَ عِتْقَها صَدَاقَها[٩] . وقال النَّبىُّ ﷺ : «ثَلاثَةٌ يُوَفَّوْنَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ ؛ رَجُلٌ كَانَتْ له أَمَةٌ ، فأدَّبَها فأحْسَنَ تَأْدِيبَها ، وعَلَّمها فأحْسَنَ تَعْلِيمَها ، ثم أعْتَقَها وتزَوَّجَها»[١٠] . ولم يذكر

---

(٥) فى ب : « تزوجها » .

(٦) فى ب ، م : « والمزوجة » .

(٧) فى ب : « للاستبراء » .

(٨) فى ب ، م : « إذا » .

(٩) تقدم تخريجه ، فى : ٣٤٨/٩ .

(١٠) تقدم تخريجه ، فى : ٣٩٧/٩ .

اسْتِبْراءً[11] ، ولأنَّ الاسْتِبْراءَ[12] لصيانةِ مائِه وحِفْظِه عن الاخْتلاطِ بماءِ غيرِه ، ولا يُصانُ ماؤُه عن مائِه ، ولهذا كان له أن يتزوَّجَ مُخْتَلِعَتَه فى عِدَّتِها . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى الأمَةِ التى لا يَطَؤُها إذا أعْتَقَها : لا يتزوَّجُها بغيرِ اسْتِبْراءٍ ؛ لأنَّه لو باعَها لم تَحِلَّ للمُشْتَرِى بغيرِ اسْتِبْراءٍ . والصَّحيحُ أنَّه يَحِلُّ له ذلك ؛ لأنَّه يَحِلُّ له وَطْؤُها بمِلْكِ اليَمينِ ، فكذلك بالنِّكاحِ ، كالتى كان يُصِيبُها ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ أعْتَقَ صَفِيَّةَ وتزوّجَها ، / ولم يُنْقَلْ أنَّه كان أصابَها ، والحديثُ الآخرُ يَدُلُّ على حِلِّها له بظاهِرِه ، لدُخُولِها فى العُمُومِ ، ولأنَّها تَحِلُّ لمن يتزوَّجُها[13] سِوَاهُ ، فله أَوْلَى ، ولأنَّه[14] لو اسْتَبْرأها ، ثم أعْتَقَها وتزوَّجَها فى الحالِ ، كان جائزًا حسنًا ، فكذلك هذه ، فإنَّه تارِكٌ لوَطْئِها ، ولأنَّ وُجوبَ الاسْتِبْراءِ فى حَقِّ غيرِه ، إنَّما كان لصِيَانةِ مائِه عن الاخْتِلاطِ بغيرِه ، ولا يُوجَدُ ذلك هٰهُنا . وكلامُ أحمدَ ، محمولٌ على مَن اشْتَراها ، ثم تزوَّجَها قبل أن يَسْتَبْرِئَها .

١٠٤/٨و

فصل : وإن اشْتَرى أمَةً ، فأعْتَقَها قبلَ اسْتِبْرائِها ، لم يَجُزْ أن يتزوَّجَها حتى يسْتَبْرِئَها . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : له ذلك . ويحكى أنَّ الرَّشِيدَ اشْتَرى جارِيةً ، فتاقَتْ نَفْسُه إلى جِماعِها قبلَ اسْتِبْرائِها ، فأمَرَه أبو يوسفَ أن يَعْتِقَها ويتزوَّجَها ويَطأَها . قال أبو عبدِ الله : وبَلَغَنِى أن المَهْدِىَّ اشْتَرى جارِيةً ، فأعْجَبَتْه ، فقيل له : اعْتِقْها وتزوَّجْها . قال أبو عبدِ الله : سُبحانَ الله ، ما أعْظَمَ هذا ، أبْطَلُوا الكِتابَ والسُّنَّةَ ، جَعَلَ اللهُ على الْحَرائرِ العِدَّةَ من أجْلِ الحَمْلِ ، فليس من امرأةٍ تُطَلَّقُ أو يَمُوتُ زَوْجُها إلَّا تَعْتَدُّ من أجلِ الحَمْلِ ، وسَنَّ رسولُ اللهِ ﷺ اسْتِبْراءَ الأمَةِ بحَيْضةٍ من أجْلِ الحَمْلِ ، ففَرْجٌ يُوطأُ يشْتريه ، ثم يَعْتِقُها على المكانِ ، فيتزوَّجها ، فيَطَؤُها ، يَطَؤُها رجلٌ اليومَ ويطؤُها[15] الآخرُ غدًا ، فإن كانتْ حامِلًا كيفَ يَصْنَعُ ؟ هذا نَقْضُ

---

(١١) فى ب ، م : « الاستبراء » .

(١٢) فى ب ، م : « استبراء » .

(١٣) فى م : « تزوجها » .

(١٤) فى الأصل : « ولأنها » .

(١٥) فى الأصل ، ا : « ويطأ » .

الكتابِ والسُّنَّةِ ، قال النَّبِىُّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ الحَامِلُ[16] حتَّى تَضَعَ ، ولَا غَيْرُ الْحَامِلِ حَتَّى تَحِيضَ »[17] . وهذا لا يَدْرِى أهى حاملٌ أم لا . ما أسْمَجَ هذا ! قيل له : إنَّ قومًا يقولون هذا . فقال : قَبَّحَ اللهُ هذا ، وقَبَّحَ مَنْ يَقُولُه . وفيما نَبَّه عليه أبو عبدِ الله من الأدِلَّةِ[18] كِفايةٌ مع ما ذكَرْنا فيما قبلَ هذا الفصلِ . إذا ثَبتَ هذا ، فليس له تَزْوِيجُها لغيرِه قبلَ اسْتِبْرَائِها ، إذا لم يَعْتِقْها ؛ لأنَّها ممَّن يجبُ اسْتِبْراؤُها ، فلم يَجُزْ أن تتزوَّجَ ، كالمُعْتَدَّةِ ، وسَواءٌ فى ذلك المُشْتَراةُ من رجُلٍ يَطَؤُها ، أو من رَجُلٍ قد اسْتَبْرأها ثُمَّ[19] لم يَطَأْها ، أو ممَّن لا يُمْكِنُه الوَطْءُ ، كالصَّبِىِّ والمرأةِ والمَجْبوبِ . وقال الشافعىُّ : إذا اشْتَراها ممَّن لا يَطَؤُها ، فله تَزْوِيجُها ، سَواءٌ أعْتَقَها أو لم يَعْتِقْها ، وله أن يتزوَّجَها إذا أعْتَقَها ؛ لأنَّها ليستْ فِرَاشًا ، وقد كان لِسَيِّدِها تَزْوِيجُها قبلَ بَيْعِها ، فجاز ذلك بعدَ بَيْعِها ، ولأنَّها لو عتَقتْ على البائعِ بإعْتاقِه أو غيرِه ، / لَجاز لكل أحدٍ نِكاحُها ، فكذلك إذا أعْتَقَها المُشْتَرِى . ولَنا ، عُمومُ قولِه عليه السلام : « لا تُوطَأُ حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرأَ بحَيْضةٍ »[17] . ولأنَّها أمَةٌ يَحْرُمُ عليه وَطْؤُها قبلَ اسْتِبْرائِها ، فحَرُمَ عليه تَزْوِيجُها والتَّزَوُّجُ بها ، كما لو كان بائِعُها يَطَؤُها . فأمَّا إن أعْتَقَها فى هذه الصُّورةِ ، فله تَزْوِيجُها لغيرِه ؛ لأنَّها حُرَّةٌ لم تكُنْ فِراشًا ، فأُبِيحَ لها النكاحُ ، كما لو أعْتَقَها البائعُ ، وفارَقَ المَوْطوءةَ ؛ فإنَّها فِراشٌ يجبُ عليها اسْتِبْراءُ نَفْسِها إذا عَتَقَتْ ، فَحَرُمَ عليها النكاحُ ، كالمُعْتَدَّةِ ، وفارَقَ ما إذا أرادَ سَيِّدُها نِكاحَها ، فإنَّه لم يكُنْ له وَطْؤُها بِمِلْكِ اليَمِينِ ، فلم يكُنْ له أن يتزَوَّجَها ، كالمُعْتَدَّةِ[20] ، ولأنَّ هذا يُتَّخَذُ حِيلةً على إبْطالِ الاسْتِبْراءِ ، فمُنِعَ منه ، بخلافِ تَزْوِيجِهَا لغيرِه .

٨/١٥٤ظ

(١٦) فى ب : « حامل » .

(١٧) تقدم تخريجه ، فى : ٤٤٤/١ .

(١٨) فى ا ، م : « الأحاديث » .

(١٩) فى م : « ولم » .

(٢٠) فى ب زيادة : « لم يكن له وطؤها » .

فصل : وإذا كانت له[21] أَمَةٌ يَطَؤُها ، فاسْتَبْرأها ، ثم أَعْتَقَها ، لم يَلْزَمْها اسْتِبْراءٌ ؛ لأنَّها خَرَجَتْ عن كَوْنِها فِراشًا باسْتِبْرائِه لها . وإن باعَها ، فأعْتَقَها المُشْترِى قبلَ وَطْئِها ، لم تَحْتَجْ إلى اسْتِبْراءٍ لذلك . وإن باعها قبل اسْتِبْرائِها ، فأعْتَقَها المُشْترِى قبلَ وَطْئِها واسْتِبْرائِها ، فعليها اسْتِبْراءُ نَفْسِها . وإن مَضَى بعضُ الاسْتِبْراءِ فى مِلْكِ المُشترِى ، لَزِمَها إتْمامُه بعدَ عِتْقِها ، ولا يَنْقَطِعُ بانْتِقالِ المِلْكِ فيها ؛ لأنَّها لم تَصِرْ فِراشًا للمُشْتَرِى ، ولم يَلْزَمْها اسْتَبْراءٌ بإعْتاقِه[22] .

فصل : وإذا كانت الأَمَةُ بين شَرِيكَيْنِ ، فوَطِئاها ، لَزِمَها اسْتِبْراءانِ . وقال أصْحابُ الشافعىِّ ، فى أحدِ الوَجْهين : يَلْزَمُها اسْتِبْراءٌ واحدٌ ؛ لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفةُ بَراءةِ الرَّحِمِ ، ولذلك لا يجبُ الاسْتِبْراءُ بأكثرَ من حَيْضةٍ واحدةٍ ، وبَراءةُ الرَّحِمِ تُعْلَمُ باسْتِبْراءٍ واحِدٍ . ولَنا ، أنَّهما حقَّانِ مَقْصُودانِ لآدَمِيَّيْنِ ، فلم يَتداخَلَا ، كالعِدَّتَيْنِ ، [23]ولأنَّهما اسْتِبْراءانِ من رَجُلَيْنِ ، فأشْبَها العِدَّتَيْنِ[23] ، وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بالعِدَّتَيْنِ من رَجُلَيْنِ .

١٣٦٢ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ مَلَكَ أَمَةً ، لَمْ يُصِبْهَا وَلَمْ يُقَبِّلْهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا بَعْدَ تَمَامِ مِلْكِهِ لَهَا بِحَيْضَةٍ ، إنْ كَانَتْ مِمَّنْ تَحِيضُ ، أَوْ بِوَضْعِ الحَمْلِ ، إنْ كَانَتْ حَامِلًا ، أَوْ بِمُضِىِّ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، إنْ كَانَتْ مِنَ الْآيِسَاتِ أَوْ مِنَ اللَّائِى لَمْ يَحِضْنَ**)

وجملتُه ، أنَّ مَنْ مَلَكَ أَمَةً بسَبَبٍ من أسبابِ المِلْكِ ؛ كالبيعِ ، والهِبَةِ ، والإِرْثِ ، وغيرِ ذلك . لم يَحِلَّ له وَطْؤُها حتى يَسْتَبْرِئَها ، بِكْرًا كانتْ أوثَيِّبًا ، صغيرةً كانتْ أو كبيرةً ، ممَّن تَحْمِلُ أو ممَّن لا تَحْمِلُ . وبهذا قال الحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وأكثرُ أهلِ العلمِ ؛ منهم مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال ابنُ عمرَ : لا يجبُ اسْتِبْراءُ / البِكْرِ . وهو قولُ داودَ ؛ لأنَّ الغَرَضَ بالإِسْتِبْراءِ مَعْرِفَةُ بَراءَتِها من الحَمْلِ ، ٨/١٥٥و

---

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣-٢٣) سقط من : ب . نقل نظر .

وهذا معلومٌ فى البِكْرِ ، فلا حاجةَ إلى الاسْتِبْراءِ . وقال اللَّيْثُ : إن كانتْ ممَّن لا يَحْمِلُ مثلُها ، لم يجب استِبراؤُها لذلك . وقال عثمانُ الْبَتِّيُّ: يجبُ الاسْتِبْراءُ على البائعِ دُونَ المُشْترِى ، لأنَّه لو زَوَّجَها ، لكان الاسْتِبْراءُ على المُزَوِّجِ دون الزَّوْجِ ، كذلك هٰهُنا . ولَنا ، ما روَى أبو سعيدٍ[1] ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهى عامَ أَوْطاسٍ[2] أنْ تُوطَأَ حامِلٌ حتى تَضَعَ ، ولا غيرُ حامِلٍ حتى تَحِيضَ . رواه أحمدُ فى « المسنَدِ »[3] . وعن رُوَيْفِعِ بن ثابتٍ ، قال : إنِّنِى لا أقولُ إلَّا ما سَمِعْتُه[4] مِن رسولِ اللهِ ﷺ ، سَمِعْتُه يقولُ : « لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أنْ يَقَعَ عَلَى امْرَأةٍ مِنَ السَّبْىِ ، حَتَّى يَسْتَبْرِئَها بحَيْضَةٍ » . روَاه أبو داودَ[5] . وفى لفظٍ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يومَ حُنَيْنٍ[6] يقول : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ باللهِ والْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَسْقِى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِه ، ومَنْ كَانَ يُؤْمِنُ باللهِ والْيَوْمِ الآخِرِ فَلَا يَطَأْ جارِيَةً مِنَ السَّبْىِ حَتَّى يَسْتَبْرِئَها بحَيْضَةٍ » . رواه الأثْرَمُ . ولأنَّه مَلَكَ جارِيةً مُحَرَّمةً عليه ، فلم تَحِلَّ له قبلَ اسْتِبْرائِها ، كالثَّيِّبِ التى تَحْمِلُ ، ولأنَّه سَبَبٌ مُوجِبٌ للاسْتِبْراءِ ، فلم يَفْترِقِ الحالُ فيه بين البِكْرِ والثَّيِّبِ ، والتى تَحْمِلُ والتى لا تَحْمِلُ ، كالعِدَّةِ . قال أبو عبدِ اللهِ : قد بَلَغَنِى أنَّ العَذْراءَ تحْمِلُ . فقال له بعضُ أهلِ المجلسِ : نعم ، قد كان فى جِيرَانِنَا . وذكر ذلك بعضُ أصْحابِ الشافعىِّ . وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بما إذا اشْتَراها من امْرأةٍ أو صَبِىٍّ ، أو ممَّن تَحْرُمُ عليه برَضاعٍ أو غيرِه ، وما ذكره الْبَتِّيُّ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المِلْكَ قد يكونُ بالسَّبْىِ والإِرْثِ والوَصِيَّةِ ، فلو لم يَسْتَبْرِئْها

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أوطاس : واد فى ديار هوازن ، كانت فيه وقعة حنين . معجم البلدان ١/ ٤٠٥ .

(٣) فى : ٣/ ٢٨ ، ٦٢ ، ٨٧ . كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى استبراء الأمة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٧١ . وانظر ما تقدم فى : ١/ ٤٤٤ .

(٤) فى الأصل : « سمعت » .

(٥) فى : باب فى وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٧ .

(٦) فى ا ، ب ، م : « خيبر » . وهو موافق لما عند الدارمى ، حيث أخرجه فى : باب فى استبراء الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢/ ٢٢٧ . وما فى الأصل موافق لما أخرجه أبو داود ، فى الباب السابق . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١٠٨ .

المُشْترِى ، أفْضَى إلى اخْتِلاطِ المِيَاهِ ، واشْتِباهِ الأنْساب ، والفَرْقُ بين البيع والتَّزويج ؛ أنَّ النكاحَ لا يُرادُ إلَّا للاسْتِمتاع ، فلا يجوزُ إلَّا فى مَن تَحِلُّ له ، فوَجَبَ أن يتقدَّمه الاسْتِبْراءُ ، ولهذا لا يَصِحُّ تَزْويجُ مُعْتَدَّةٍ ، ولا مُرْتَدَّةٍ ، ولا مَجُوسِيَّةٍ ، ولا وَثَنِيَّةٍ ، ولا مُحَرَّمةٍ بالرَّضاع ولا المُصاهَرةِ ، والبيعُ يُرادُ لغيرِ ذلك ، فصَحَّ قبلَ الاسْتِبْراء ، ولهذا صَحَّ فى هذه المُحَرَّماتِ ، ووَجَبَ الاسْتِبْراءُ على المُشْترِى ؛ لما ذكَرْناه . فأمَّا الصَّغيرةُ التى لا يُوطَأُ مثلُها ، فظاهِرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ تَحْرِيمُ قُبْلَتِها ومُباشَرَتِها لِشَهْوَةٍ قبلَ اسْتِبْرائِها . وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، فى[7] أكثرِ الرِّواياتِ عنه ، قال : تُسْتَبْرأُ ، وإن كانتْ فى المَهْدِ . ورُوِىَ عنه / أنَّه قال : إن كانتْ صغيرةً بأىِّ شىءٍ تُسْتَبْرأُ إذا كانت رَضِيعةً . ١٥٥/٨ظ

وقال فى رِوَايةٍ أُخْرَى : تُسْتَبْرأُ بحيضةٍ إن[8] كانتْ[9] تَحِيضُ ، وإلَّا بثلاثةِ أشْهُرٍ إن كانت ممَّن تُوطَأُ وتَحْبَلُ . فظاهرُ هذا أنَّه لا يَجِبُ اسْتِبْراؤُها ، ولا تَحْرُمُ[10] مُباشَرَتُها . وهذا اخْتيارُ ابن[11] أبى موسى ، وقولُ مالكٍ ، وهو الصحِيحُ ؛ لأنَّ سَبَبَ الإباحةِ مُتَحَقِّقٌ . وليس على تَحْريمِها دليلٌ ، فإنَّه لا نَصَّ فيه ، ولا مَعْنَى نَصٍّ ؛ لأنَّ تَحْريمَ مُباشَرةِ الكبيرةِ إنَّما كان لكَوْنِه داعِيًا إلى الوَطْءِ المُحَرَّمِ ، أو خَشْيَةَ أن تكونَ أمَّ وَلَدٍ لغيرِه ، ولا يُتوهَّمُ هذا فى هذه ، فوَجَبَ العملُ بمُقْتَضَى الإباحةِ . فأما مَنْ يمْكِنُ وَطْؤُها ، فلا تَحِلُّ قُبْلَتُها ، ولا الاسْتِمتاعُ منها فيما[12] دُونَ الفَرْجِ قبلَ الاسْتِبْراءِ ، إلَّا المَسْبِيَّةَ ، على إحْدَى الرِّوايتَيْنِ . وقال الحسنُ : لا يَحْرُمُ من المُشْتَراةِ إلَّا فَرْجُها ، وله أن يَسْتَمْتِعَ منها بما شاء ، ما لم يمَسَّ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ إنَّما نَهَى عن الوَطْءِ ، ولأنَّه تَحْرِيمٌ للوَطْءِ مع ثُبُوتِ المِلْكِ ، فاخْتَصَّ بالفَرْجِ ، كالحَيْضِ . ولَنا

---

(٧) فى ا ، م : « وفى » .
(٨) فى ب ، م : « إذا » .
(٩) فى م زيادة : « ممن » .
(١٠) فى ا : « تحريم » .
(١١) سقط من : ب ، م .
(١٢) فى ا ، ب ، م : « بما » .

أنَّه اسْتِبْرَاءٌ يُحَرِّمُ الوَطْءَ، فَحَرَّمَ الاسْتِمْتاعَ، كالعِدَّةِ، ولأنَّه لا يَأْمَنُ مِنْ[13] كَوْنِها حامِلًا من بائِعِها، فتكونُ أُمَّ وَلَدٍ، والبَيْعُ باطلٌ[14]، فيكونُ مُسْتَمْتِعًا بأُمِّ وَلَدِ غيرِه، وبهذا فارَقَ تحريمَ الوَطْءِ للحَيْضِ. فأمَّا المَسْبِيَّةُ، فظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ تَحْريمُ مُبَاشَرَتِها فيما دُونَ الفَرْجِ لشَهْوةٍ. وهو الظاهرُ عن أحمدَ؛ لأنَّ كلَّ اسْتِبْراءٍ حَرَّمَ الوَطْءَ حَرَّمَ دَوَاعِيَه، كالعِدَّةِ، ولأنَّه داعِيةٌ إلى الوَطْءِ المُحَرَّمِ، لأجْلِ اخْتلاطِ المِياهِ، واشْتِباهِ الأنْسابِ، فأشْبَهَتِ الْمَبِيعةَ. ورُوِىَ عن أحمدَ، أنَّه لا يَحْرُمُ؛ لما رُوِىَ عن ابنِ عمرَ، أنَّه قال: وَقَعَ فى سَهْمِى يومَ جَلُولاءَ[15] جارِيةٌ، كأنَّ عُنُقَها إبْرِيقُ فضّةٍ، فما مَلَكْتُ نَفْسِى أن قُمْتُ إليها فَقَبَّلْتُها، والناسُ ينظرون[16]. ولأنَّه لا نَصَّ فى الْمَسْبِيَّةِ، ولا يَصِحُّ قِياسُها على الْمَبِيعَةِ؛ لأنَّها تَحْتَمِلُ أن تكونَ أُمَّ وَلَدٍ للبائعِ، فيكونَ مُسْتَمْتِعًا بأُمِّ ولَدِ غيرِه، ومُباشِرًا لمَمْلُوكةِ غيرِه، والْمَسْبِيَّةُ مملوكةٌ له على كلِّ حالٍ، وإنَّما حُرِّمَ وطْؤُها لئَلَّا يَسْقِىَ ماءَه زَرْعَ غيرِه. وقولُ الْخِرَقِيِّ: بعدَ تَمامِ مِلْكِه لها. يَعْنِى أنَّ الاسْتِبْراءَ لا يكونُ إلَّا بعد مِلْكِ الْمُشْتَرِى لجميعِها، ولو مَلَكَ بعضَها، ثم مَلَكَ باقِيَها، لم يُحْتَسَب الاسْتِبْراءُ إلَّا من حينَ مَلَكَ باقِيَها. وإن مَلَكَها بِبَيْعٍ فيه الخِيارُ، انْبَنَى على نَقْلِ المِلْكِ فى مُدَّتِه، فإن قُلْنا: يَنْتَقِلُ. فابْتِداءُ الاسْتِبْراءِ من حينِ البَيْعِ. وإن قُلْنا: لا يَنْتَقِلُ. فابْتداؤُه/ من حينَ انْقَطَعَ الخِيارُ. وإن كان المبيعُ مَعِيبًا، فابْتداؤُه[17] الخِيارَ[18] من حينِ البَيْعِ؛ لأنَّ العَيْبَ لا يَمْنَعُ نَقْلَ المِلْكِ بغيرِ خِلافٍ. وهل يُبْتَدَأُ الاسْتِبْراءُ من حينِ البَيْعِ قبلَ القَبْضِ، أو من حينِ القَبْضِ؟ فيه وَجْهان؛ أحدهما، من حينِ البيعِ؛ لأنَّ المِلْكَ يَنْتقِلُ به. والثانى، من حينِ القَبْضِ؛

١٥٦/٨و

---

(١٣) سقط من: ا.

(١٤) فى م: «باطلا».

(١٥) جلولاء: ناحية من نواحى السواد، فى طريق خراسان، فتحها المسلمون فى السنة التاسعة عشرة. معجم البلدان ١٠٧/٢، معجم ما استعجم ٣٩٠/٢، البداية والنهاية ٦٩/٧.

(١٦) أخرجه ابن أبى شيبة، فى: باب فى الرجل يشترى الأمة يصيب منها شيئا دون الفرج أم لا، من كتاب النكاح. المصنف ٢٢٧/٤، ٢٢٨.

(١٧) فى ا، م: «فابتداء».

(١٨) فى ا: «الاستبراء».

لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفةُ بَراءَتِها من ماءِ البائعِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك مع كَوْنها فى يَدِه . وإن اشْتَرَى عبدُه التَّاجرُ أَمَةً ، فاسْتَبْرأها ، ثم صارت إلى السَّيِّد، حَلَّتْ له بغيرِ اسْتِبْراءٍ ؛ لأنَّ مِلْكَه ثابتٌ على ما فى يَدِ عَبْدِه ، فقد حَصَلَ اسْتِبْراؤُها فى مِلْكِه . وإن اشْتَرَى مُكاتَبُه أمَةً ، فاسْتَبْرأَها ، ثم صارتْ إلى سيِّده ، فعليه اسْتِبْراؤُها ؛ لأنَّ مِلْكَه تجدَّدَ عليها[١٩] ، إذ ليس للسَّيِّدِ مِلْكٌ على ما فى يد مُكاتَبِه ، إلَّا أن تكونَ الجاريةُ من ذَواتِ مَحارِمِ المُكاتَبِ ، فقال أصحابُنا : تُبَاحُ للسَّيِّدِ بغيرِ اسْتِبْراءٍ ؛ لأنَّه يَصِيرُ حُكْمُها حكمَ المُكاتَبِ ، إن رَقَّ رَقَّتْ ، وإن عَتَقَ عَتَقَتْ ، والمكاتَبُ عبدٌ ما بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ ، والاسْتِبْراءُ الواجبُ هٰهُنا فى حَقِّ الحاملِ بوَضْعِه بلا خِلافٍ ، وفى ذَاتِ القُرُوءِ بحَيْضةٍ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعَطاءٌ : بحَيْضَتَيْنِ . وهو مُخالِفٌ للحديثِ الذى رَوَيْناه ، وللمعنى ؛ فإنَّ المَقْصُودَ مَعْرِفةُ بَراءَتِها من الحَمْلِ ، وهو حاصلٌ بحَيْضةٍ ، وفى الآيِسَةِ والتى لم تَحِضْ والتى ارْتَفَعَ حيضُها بما ذكَرْناه فى أُمِّ الوَلَدِ ، على ما مضَى من الخِلافِ فيه .

فصل : ومَنْ مَلَكَ مَجُوسِيّةً ، أو وَثَنِيّةً ، فأسْلَمَتْ قبلَ اسْتِبْرائِها ، لم تَحِلَّ له حتى يَسْتَبْرِئَها ، أو تُتِمَّ ما بَقِىَ من اسْتِبْرائِها ؛ لما مَضَى . وإن اسْتَبْرأها ثم أسْلَمَتْ ، حَلَّتْ له[٢٠] بغيرِ اسْتِبْرائِها . وقال الشافعىُّ : لا تَحِلُّ له[٢١] حتى يُجَدِّدَ اسْتِبْراءَها بعدَ إسْلامِها ؛ لأنَّ مِلْكَه تَجدَّدَ على اسْتِمْتاعِها ، فأشْبَهَتْ مَن تَجدَّدَ مِلْكُه على رَقَبَتِها . ولَنا ، قولُه عليه السلام : « لَا تُوطَأُ حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بحَيْضةٍ » . وهذا وَرَدَ فى سَبايَا أَوْطاسٍ ، وكُنَّ مُشْرِكاتٍ، ولم يَأْمُرْ فى حَقِّهِنَّ بأَكْثَرَ من حَيْضةٍ ، ولأنَّه لم يتَجدَّدْ مِلْكُه عليها، ولا أصَابَها وَطْءٌ من غيرِه ، فلم يَلْزَمْه اسْتِبْراؤُها، كما لو حَلَّتِ المُحَرَّمةُ، ولأنَّ الاسْتِبْراءَ إنَّما وَجَبَ كيْلا يُفْضِىَ إلى اخْتلاطِ المِياهِ ، وامْتِزاجِ الأنْسابِ، ومَظِنَّةُ ذلك

---

(١٩) فى ب : « عليه » .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : ا .

تَجَدُّدُ المِلْكِ على رَقَبَتِها ، ولم يُوجَدْ . ولو باع أَمَتَه ، ثم رُدَّتْ عليه بفَسْخٍ أو إقالةٍ بعدَ (٢٢قَبْضِها أو افْتِراقِهِما٢٢) ، /لَزِمَه اسْتِبْراؤُها ؛ لأنَّه تَجْديدُ مِلْكٍ ، سَواءٌ كان المُشْتَرِى لها امرأةً أو غيرَها . وإن كان ذلك قبلَ افْتِراقِهِما ، أو قبلَ غَيْبةِ المُشْتَرِى بالجارِيَةِ ، ففيها رِوَايتان ؛ إحداهما ، عليه الاسْتِبْراءُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه تَجْدِيدُ مِلْكٍ . والثانية ، ليس عليه اسْتِبْراءٌ ، وهو قولُ أبى حنيفة إذا تَقايَلا قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه لا فائِدَةَ فى الاسْتِبْراءِ مع تَعَيُّنِ البَراءةِ .

٨/١٥٦ظ

فصل : وإذا زَوَّجَ الرجلُ أَمَتَه ، (٢٣فطَلَّقَها الزَّوجُ٢٣) ، لم يَلْزَمِ السَّيِّدَ اسْتِبْراؤُها ، ولكن إن طُلِّقَتْ بعدَ الدُّخولِ ، أو ماتَ عنها ، فعليها العِدَّةُ . ولو ارْتَدَّتْ أَمَتُه ، أو كاتَبَها ، ثم أسْلَمَتِ المُرْتَدَّةُ ، وعَجزتِ المُكاتَبَةُ ، حَلَّتْ لسَيِّدِها بغيرِ اسْتِبْراءٍ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : يجبُ عليه الاسْتِبْراءُ فى هذا كلِّه ؛ لأنَّه زال مِلْكُه عن اسْتِمْتاعِها ، ثم عاد ، فأشْبَهتِ المُشْتراةَ . ولَنا ، أنَّه لم يتجدَّدْ مِلْكُه عليها ، فأشْبَهتِ المُحَرَّمةَ إذا حَلَّتْ ، والمَرْهُونةَ إذا فُكَّتْ ، فإنَّه لا خِلافَ فى حِلِّهما بغيرِ اسْتِبْراءٍ ، ولأنَّ الاسْتِبْراءَ شُرِعَ لمَعْنًى مَظِنَّتُه تَجَدُّدُ المِلْكِ ، فلا يُشْرَعُ مع تَخَلُّفِ المَظِنَّةِ والمَعْنَى .

فصل : وإن اشترى أمةً مُزَوَّجةً ، فطَلَّقَها الزَّوجُ قبلَ الدُّخولِ ، لم تُبَحْ بغيرِ اسْتِبْراءٍ . نَصَّ عليه أحمدُ ، وقال : هذه حِيلَةٌ وضَعَها أهلُ الرَّأْىِ ، لا بُدَّ من اسْتِبْراءٍ . ووَجْهُ ذلك أنَّ هذه تجَدَّدَ المِلْكُ فيها ، ولم يَحْصُلِ اسْتِبْراؤُها فى مِلْكِه ، فلم تَحِلَّ بغيرِ اسْتِبْراءٍ ، كما لو لم تكُنْ مُزَوَّجةً ، ولأنَّ إسْقاطَ الاسْتِبْراءِ هٰهُنا ذَرِيعةٌ إلى إسْقاطِه فى حَقِّ مَنْ أرادَ إسْقاطَه ، بأن يُزَوِّجَها عندَ بَيْعِها ، ثم يُطَلِّقَها زَوْجُها بعدَ تَمامِ البيعِ ، والحِيَلُ حَرامٌ . فأمَّا إن كان الزَّوجُ دَخَلَ بها ، ثم طَلَّقَها ، فعليها العِدَّةُ ، ولا يَلْزَمُ المُشْتَرِىَ اسْتِبْراؤُها ؛ لأنَّ ذلك قد حَصَلَ بالعِدَّةِ ، ولأنَّها لو عَتَقَتْ لم يجبْ عليها مع العِدَّةِ اسْتِبْراءٌ ، ولأنَّها قد اسْتَبْرأَتْ

(٢٢-٢٢) فى الأصل : « قبضهما وافتراقهما » .

(٢٣-٢٣) سقط من : ب .

نَفْسَها ممَّن كانتْ فِراشًا له ، فأجزأ[٢٤] ذلك ، كما لو [٢٥]استَبْرأتْ نَفْسَها من سَيِّدِها إذا كانتْ خالِيَةً من زَوْجٍ . وإن اشْتراها ، وهى مُعْتَدَّةٌ من زَوْجِها ، لم يجبْ [٢٦]عليها استبراءٌ ؛ لأنَّها[٢٦] لم تكُنْ فِراشًا لسيِّدِها ، وقد حَصَلَ الاسْتِبْراءُ من الزَّوجِ بالعِدَّةِ ، ولذلك لو عَتَقَتْ فى هذه الحال ، لم يجبْ عليها اسْتِبْراءٌ . وقال أبو الخَطَّاب ، فى المُزَوَّجةِ : هل يَدْخُلُ الاسْتِبْراءُ فى العِدَّةِ ؟ على وَجْهَيْن . وقال القاضى ، فى المُعْتَدَّةِ : يَلْزَمُ السَّيِّدَ اسْتِبْراؤُها بعدَ قَضاءِ العِدَّةِ ، ولا يتداخَلان ؛ لأنَّهما من رَجُلَيْنِ . ومَفْهُومُ كلامِ أحمدَ ما ذكَرْناه / أوَّلًا ؛ لأنَّه عَلَّلَ فيما قبلَ الدُّخولِ بأنَّها حِيلَةٌ وضَعَها أهلُ الرَّأْيِ ، ولا يُوجَدُ ذلك هٰهُنا ، ولا يَصِحُّ قولُهم : إنَّ الاسْتِبْراءَ من رَجُلَيْنِ . فإنَّ السَّيِّدَ هٰهُنا ليس له اسْتِبْراءٌ .

٨/١٥٧و

فصل : وإن كانت الأمَةُ لرَجُلَيْنِ ، فوَطِئاها ، ثم باعاها لرجلٍ ، أجْزَأه اسْتِبْراءٌ واحدٌ ؛ لأنَّه يَحْصُلُ به مَعْرِفةُ البَراءةِ . فإن قِيلَ : فلو أعْتَقَها لألْزَمْتُمُوها استبراءَيْنِ . قُلْنا : وُجوبُ الاسْتِبْراءِ فى حَقِّ المُعْتَقةِ مُعَلَّلٌ بالوَطْءِ ، ولذلك لو أعْتَقَها وهى ممَّن لا يَطَؤُها ، لم يَلْزَمْها اسْتِبْراءٌ ، وقد وُجِدَ الوَطْءُ من اثْنَيْنِ ، فلَزِمَها حُكْمُ وَطْئِهِما ، وفى مسألَتِنا هو[٢٧] مُعَلَّلٌ بتَجْدِيدِ المِلْكِ لا غيرُ ، ولهذا يجبُ على المُشْترِى الاسْتِبْراءُ، سواءٌ كان سَيِّدُها يَطَؤُها أو لم يكُنْ ، والمِلْكُ واحدٌ ، فوَجَبَ أن يتجَدَّدَ الاسْتِبْراءُ .

فصل : وإذا اشْتَرَى الرجلُ زَوْجَتَه الأمَةَ ، لم يَلْزَمْه اسْتِبْراؤُها ؛ لأنَّها فِراشٌ له ، فلم يَلْزَمْه اسْتِبْراؤُها من مائِه ، لكن يُسْتَحَبُّ ذلك ؛ ليعلمَ هل الولدُ من النكاحِ فيكونُ عليه ولاءٌ له ، لأنَّه عَتَقَ بمِلْكِه له ، ولا تَصيرُ به الأمَةُ أُمَّ وَلَدٍ ، أو هو حادِثٌ فى مِلْكِ يَمِينِه ، فلا يكونُ عليه ولاءٌ ، وتصيرُ به الأمَةُ أُمَّ وَلَدٍ ؟ ومتى تَبَيَّنَ حَمْلُها ، فله وَطْؤُها ؛ لأنَّه قد عُلِمَ الحَمْلُ ، وزال الاشْتِباهُ .

---

(٢٤) فى الأصل ، ا ، م : « فأجزأت » .

(٢٥) فى م زيادة : « كانت » .

(٢٦ - ٢٦) فى الأصل ، ب : « عليه الاستبراء » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

فصل : وإن وَطِئَ الجاريةَ التى يَلْزَمُه استِبراؤُها قبلَ استِبْرائِها ، أثِمَ ، والاسْتِبْراءُ باقٍ بحالِه ؛ لأنَّه حَقٌّ عليه ، فلا يَسْقُطُ بعُدْوانِه . فإن لم تعْلَقْ منه ، استَبْرأَها بما كان يَسْتَبْرِئُها به قبلَ الوَطْءِ ، وتَبْنِى على ما مَضَى من الاسْتِبْراءِ ، وإن عَلِقَتْ منه ، فمتى وضَعَتْ حَمْلَها ، استَبْرأها بحَيْضةٍ ، ولا يَحِلُّ له الاسْتِمْتاعُ منها فى حالِ حَمْلِها ؛ لأنَّه لم يَسْتَبْرِئْها . وإن وَطِئَها ، وهى حاملٌ حَمْلًا كان موجودًا حينَ البَيْعِ من غير البائع ، فمتى وَضَعَتْ حَمْلَها انْقَضَى استِبْراؤُها . قال أحمدُ : ولا يَلْحَقُ بالمُشترِى ، ولا يَتْبَعُه ، ولكن يَعْتِقُه ؛ لأنَّه قد شَرِكَ فيه ؛ لأنَّ الماءَ يَزِيدُ فى الوَلَدِ . وقد رَوَى أبو داودَ[٢٨] ، بإسْنادِه عن أبى الدَّرْداءِ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه مَرَّ بامْرأةٍ مُجِحٍّ ، على باب فُسْطاطٍ ، فقال : « لَعَلَّهُ يُرِيدُ أنْ يُلِمَّ بِهَا » . فقالوا : نعم . فقال رسولُ الله ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أنْ أَلْعَنَه لَعْنًا يَدْخُلُ معه قَبْرَهُ ، كَيْفَ يُوَرِّثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ، أوْ كَيْفَ يَسْتَخْدِمُه وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ! » ومعناه أنَّه إن اسْتَلْحَقَه وشَرِكَه فى مِيراثِه ، لم[٢٩] يَحِلَّ له ؛ لأنَّه ليس بولَـدِه[٣٠] ، وإن اتَّخَذَه مَمْلوكًا ، لم يَحِلَّ له ؛ لأنَّه قد شَرِكَ / فيه ، لكَوْنِ الوَطْءِ يَزِيدُ فى الوَلَدِ . وعن ابنِ عباسٍ ، قال : نَهَى رسولُ الله ﷺ عَنْ وَطْءِ الحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ ما فى بُطُونِهِنَّ . رواه النَّسائِىُّ ، والتِّرمِذِىُّ[٣١] . ٨/١٥٧ظ

فصل : ومَنْ أراد بَيْعَ أمَتِه ، فإن كان لا يَطَؤُها ، لم يَلْزَمْـه اسْتِبْراؤُهـا ، لكـن[٣٢]

---

(٢٨) تقدم تخريجه ، فى : ٥٦٢/٩ .

(٢٩) فى ا : « لا » .

(٣٠) فى ب ، م : « بوالده » .

(٣١) أخرجه النسائى ، فى : باب بيع المغانم قبل أن تقسم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٥/٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية وطء الحبالى من السبايا ، من كتاب السير . عارضة الأحوذى ٥٩/٧ . عن عرباض بن سارية ، وليس ابن عباس . انظر التعليق المغنى على الدارقطنى ٦٩/٣ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٦٩/٣ . والحاكم ، فى : كتاب قسم الفىء . المستدرك ١٣٧/٢ .

(٣٢) فى ا : « ولكن » .

يُسْتَحَبُّ ذلك ، لِيُعْلَمَ خُلُوُّها من الحَمْلِ ، فيكونَ أحْوَطَ للمُشْتَرِى ، وأقْطَعَ للنِّزاعِ .
قال أحمدُ : وإن كانتْ[٣٣] لِامرأةٍ ، فإنِّى أُحِبُّ أن لا تَبِيعَها حتى تَسْتَبْرِئَها بحَيْضةٍ ، فهو أحْوَطُ لها . وإن كان يَطَؤُها ، وكانت آيِسَةً ، فليس عليه اسْتِبْراؤُها ؛ لأنَّ انْتِفاءَ الحَمْلِ مَعْلُومٌ . وإن كانتْ ممَّن تَحْمِلُ، وَجَبَ عليه اسْتِبْراؤُها . وبه قال النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ . وعن أحمدَ رِوايةٌ أُخْرَى ، لا يجبُ عليه اسْتِبْراؤُها . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّ عبدَ الرحمنِ بن عَوْفٍ باعَ جارِيةً كان يَطَؤُها قبلَ اسْتِبْرائِها[٣٤] . ولأنَّ الاسْتِبْراءَ على المُشْتَرِى ، فلا يجبُ على البائعِ ، فإنَّ الاسْتِبْراءَ فى حَقِّ الحُرَّةِ آكَدُ ، ولا يجبُ قبلَ النكاحِ وبعدَه ، كذلك لا يجبُ فى الأَمَةِ قبلَ البَيْعِ وبعدَه . ولَنا ، أنَّ عمرَ أنْكَرَ على عبدِ الرحمنِ بن عَوْفٍ بَيْعَ جاريةٍ كان يَطَؤُها[٣٥] قبلَ اسْتِبْرائِها ، فرَوَى عبدُ الله بن عُبَيْدِ بن عُمَيْرٍ ، قال : باع عبدُ الرحمن بنُ عَوفٍ جارِيةً كان يَقَعُ عليها[٣٥] قبلَ أن يَسْتَبْرِئَها ، فظَهَرَ بها حَمْلٌ عندَ الذى اشْتَراها ، فخاصَمُوه إلى عمرَ ، فقال له عمرُ : كُنْتَ تَقَعُ عليها ؟ قال: نعم . قال : فبِعْتَها قبلَ أن تَسْتَبْرِئَها؟ قال : نعم. قال: ما كُنْتَ لذلك بخَلِيقٍ . قال: فدَعا القافةَ، فنَظَرُوا إليه، فألْحَقُوه به[٣٤] . ولأنَّه يجبُ على المُشْتَرِى الاسْتِبْراءُ لحِفْظِ مائِه ، فكذلك البائعُ ، ولأنَّه قبلَ الاسْتِبْراءِ مَشْكُوكٌ فى صِحَّةِ البَيْعِ وجَوازِهِ ، لِاحْتِمالِ أن تكونَ أُمَّ ولدٍ ، فيجبُ الاسْتِبْراءُ لإزالةِ الاحْتِمالِ ، فإن خالَفَ وباعَ ، فالبيعُ[٣٦] صحيحٌ فى الظاهرِ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الحملِ ، ولأنَّ عمرَ وعبدَ الرحمنِ ، لم يَحْكُما بفَسادِ البيعِ فى الأَمَةِ التى باعَها قبلَ اسْتِبْرائِها[٣٧] إلَّا بلَحاقِ الوَلَدِ به ، ولو كان البيعُ باطلًا قبلَ ذلك ، لم يَحْتَجْ إلى ذلك . وذكر أصحابُنا الرِّوايتَيْن فى كلِّ

---

(٣٣) فى الأصل ، ا ، م : « كان » .
(٣٤) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يريد أن يبيع الجارية من قال : يستبرئها ، من كتاب النكاح . المصنف ٢٢٨/٤ .
(٣٥ - ٣٥) سقط من : ب .
(٣٦) فى ا زيادة : « بيع » .
(٣٧) فى ا : « أن يستبرئها » .

أَمَةٍ يَطَؤُها ، من غيرِ تَفْرِيقٍ بين الآيِسَةِ وغيرِها . والأَوْلَى أن ذلك لا يجبُ فى الآيِسَةِ ؛ لأنَّ عِلَّةَ الوُجُوبِ احْتِمالُ الحَمْلِ ، وهو وَهْمٌ بعيدٌ ، والأصْلُ عَدَمُه ، فلا نُثْبِتُ به حُكْمًا بمُجَرَّدِه .

فصل : وإذا اشْتَرَى جارِيَةً ، فظَهَرَ بها حَمْلٌ ، لم يَخْلُ من أحْوالٍ خمسة ؛ أحدها ، أن يكونَ البائعُ / أقَرَّ بوَطْئِها عندَ البيعِ أو قبلَه ، وأتَتْ [38] بوَلدٍ لدُونِ [38] السِّتَّةِ أشْهُرٍ ، أو يكونَ البائعُ ادَّعَى الولَدَ ، فصَدَّقَه المُشْتَرِى ، فإنَّ الوَلَدَ يكونُ للبائعِ ، والجارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ له ، والبَيعُ باطِلٌ . الحال الثانى ، أن يكونَ أحَدُهما اسْتَبْرَأها ، ثم أتَتْ بوَلَدٍ لأكثرَ من سِتَّةِ أشْهُرٍ من حينَ وَطِئَها المُشْتَرِى ، فالوَلَدُ للمُشْتَرِى ، والجارِيةُ أمّ ولَدِه [39] . الحال الثالث ، أن تَأْتِىَ به لأكثرَ من سِتَّةِ أشْهُرٍ بعدَ اسْتِبْراءِ أحَدِهما لها ، ولأقَلَّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ وَطِئَها المُشْتَرِى ، فلا يَلْحَقُ نَسَبُه بواحِدٍ منهما ، ويكون مِلْكًا للمُشْتَرِى ، ولا يَمْلِكُ فَسْخَ البَيْعِ ؛ لأنَّ الحَمْلَ تَجَدَّدَ فى مِلْكِه ظاهرًا . فإن ادَّعاه كلُّ واحِدٍ منهما ، فهو للمُشْتَرِى ؛ لأنَّه وُلِدَ فى مِلْكِه مع احْتِمالِ كَوْنِه منه ، وإن ادَّعاه البائعُ وحدَه ، فصَدَّقَه المُشْتَرِى ، لَحِقَه ، وكان البيعُ باطلًا ، وإن كَذَّبَه ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى فى مِلْكِ الولدِ ؛ لأنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ إليه ظاهرًا ، فلم تُقْبَلْ دَعْوَى البائعِ فيما يُبْطِلُ حَقَّه ، كما لو أقَرَّ بعدَ البيعِ أنَّ الجارِيَةَ مَغْصُوبَةٌ أو مُعْتَقَةٌ . وهل يَثْبُتُ نَسَبُ الولدِ من البائعِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَثْبُتُ ؛ لأنَّه نَفْعٌ للولَدِ من غيرِ ضَرَرٍ على المُشْتَرِى ، فيُقْبَلُ قولُه فيه ، كما لو أقَرَّ لوَلَدِه بمالٍ . والثانى ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا على المُشْتَرِى ، فإنَّه لو أعْتَقَه كان أبوه أحَقَّ بميراثِه منه ، ولذلك لو أقَرَّ عَبْدانِ كلُّ واحِدٍ منهما أنَّه أخو صاحِبِه ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ . الحال الرابع ، أن تأتِىَ به بعد سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ وَطِئَها المُشْتَرِى قبلَ اسْتِبْرائِها ، فنَسَبُه لاحِقٌ بالمُشْتَرِى [40] ، فإن ادَّعاه البائعُ ، فأقَرَّ له المُشْتَرِى ، لَحِقَه ، وبَطَلَ

١٥٨/٨و

(38 – 38) فى ا : « بالولد لأقل » .

(39) فى ب ، م : « ولد له » .

(40) فى ب : « للمشترى » .

البيعُ ، وإن كَذَّبَه ، فالقولُ قولُ المُشْترِى . وإن ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّه من الآخَرِ ، عُرِضَ على القافةِ ، فأُلْحِقَ بمن أَلْحَقَتْه به ، لحديثِ عبدِ الرحمنِ بن عَوْفٍ ، ولأنَّه يَحْتَمِلُ كَوْنَه من كلِّ واحدٍ منهما . وإن أَلْحَقَتْه القافةُ بهما لَحِقَهما[41] ، ويَنْبَغِى أن يَبْطُلَ البيعُ ، وتكونَ أُمَّ ولدٍ للبائعِ ؛ [42]لأنَّنا نتبيَّنُ أنَّها[42] كانت حامِلًا منه قبلَ بَيْعِها . الحال الخامس ، إذا أتَتْ به لأقلَّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ باعَها ، ولم يكُنْ أقرَّ بوَطْئِها ، فالبيعُ صحيحٌ فى الظاهرِ ، والوَلَدُ مملوكٌ للمُشْترِى ، فإن ادَّعاه البائعُ ، فالحكمُ فيه كما ذكرْنا فى الحالِ / الثالثِ ، سَواءً .

١٥٨/٨ظ

١٣٦٣ – مسألة ؛ قال : (وتَجْتَنِبُ الزَّوْجَةُ المُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا الطِّيبَ ، والزِّينَةَ ، والْبَيْتُوتَةَ فِى غَيْرِ مَنْزِلِهَا ، والْكُحْلَ بالإثْمِدِ ، والنِّقَابَ)

هذا يُسَمَّى الإحْدادُ ، ولا نَعْلَمُ بين أهلِ العلمِ خِلافًا فى وُجوبه على المُتَوَفَّى عنها زَوْجُها ، إلَّا عن الحسنِ ، فإنَّه قال : لا يجبُ الإحْدادُ . وهو قولٌ شَذَّ به عن أهلِ العلمِ ، وخالَفَ به السُّنَّةَ ، فلا يُعَرَّجُ عليه ، ويَسْتوِى فى وُجوبه الحُرَّةُ والأَمَةُ ، والمُسْلِمةُ والذِّمِّيَّةُ ، والكبيرةُ والصغيرةُ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا إحْدادَ على ذِمِّيَّةٍ ولا صغيرةٍ ؛ لأنَّهما غيرُ مُكَلَّفتَيْنِ . ولَنا ، عُمومُ الأحاديثِ التى سنذْكرُها ، ولأنَّ غيرَ المُكَلَّفةِ تُساوِى المُكلَّفةَ فى اجْتنابِ المُحَرَّماتِ ، كالخَمْرِ والزِّنَى ، وإنَّما يَفْترِقانِ فى الإثْمِ ، فكذلك الإحْدادُ ، ولأنَّ حُقُوقَ الذِّمِّيَّةِ فى النِّكاحِ كحُقوقِ المُسْلِمةِ ، فكذلك[1] فيما عليها .

فصل : ولا إحْدادَ على[1] غيرِ الزَّوْجاتِ ، كأُمِّ الولدِ إذا مات سَيِّدُها . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا أعْلَمُهُم يَخْتَلِفُون فى ذلك . وكذلك الأَمَةُ التى يَطَؤُها سَيِّدُها ، إذا مات عنها ، ولا المَوْطُوءةُ بشُبْهةٍ ، [2]ولا المَزْنِىُّ[2] بها ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « لا يَحِلُّ لِامْرَأةٍ

---

(٤١) فى م : « لحق بهما » .
(٤٢–٤٢) فى ب : « لأنها » .
(١) سقط من : م .
(٢–٢) فى ا ، ب ، م : « والمزنى » .

تُؤْمِنُ باللهِ والْيَوْمِ الآخِرِ ، أنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثٍ ، إلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا »[3] . ولا إحْدادَ على الرَّجْعِيَّةِ . بغير خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّها فى حُكْمِ الزَّوجاتِ ، لها أن تتَزَيَّنَ لزَوْجِها ، وتَسْتَشْرِفَ له ، ليَرْغَبَ فيها ، وتَنْفُقَ عنده ، كما تَفْعَلُ فى صُلْبِ النكاحِ . ولا إحْداد على المَنْكُوحةِ نِكاحًا فاسِدًا ؛ لأنَّها ليست زَوْجةً على الحقيقةِ ، ولا لها مَن كانتْ تَحِلُّ له ويَحِلُّ لها ، فتَحْزَنَ على فَقْدِه .

فصل : وتَجْتَنِبُ الحادَّةُ ما يَدْعُو إلى جماعِها[4] ، ويُرَغِّبُ فى النَّظَرِ إليها ، ويُحَسِّنُها ، وذلك أربعةُ أشْياء ؛ أحدها ، الطِّيبُ ، ولا خِلافَ فى تَحْرِيمِه عندَ مَنْ أوْجَبَ الإحْدادَ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « لَا تَمَسُّ طِيبًا ، إلَّا عِنْدَ أدْنَى طُهْرِهَا ، إذَا طَهُرَتْ مِنْ حَيْضِهَا بِنُبْذَةٍ مِنْ قُسْطٍ أو أظْفارٍ[5] » . مُتَّفَقٌ عليه[6] . ورَوَتْ زينبُ بنتُ أُمِّ سَلَمةَ ، قالت : دَخَلْتُ على أُمِّ حَبِيبةَ ، زَوْجِ النَّبِىِّ ﷺ ، حين تُوُفِّىَ أبُوها أبو سُفْيانَ ، فدَعَتْ بطِيبٍ فيه صُفْرةٌ ، خَلوقٌ أو غيرُه ، فدَهَنَتْ منه جارِيةً ، / ثم مَسَّتْ بعارِضِها ، ثم قالت : واللهِ مالِى بالطِّيبِ مِن حَاجةٍ ، غيرَ أنِّى سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ والْيَوْمِ الآخِرِ ، أن تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيالٍ[7] ، إلَّا على

٨/١٥٩و

(٣) تقدم تخريجه ، فى صفحة ١٩٣ .

(٤) فى ا : « نكاحها » .

(٥) القسط والكست والأظفار : نوعان من البخور .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب الطيب للمرأة عند غسلها من المحيض ، من كتاب الحيض ، وفى : باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، وفى : باب تلبس الحادة ثياب العصب ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٨٥/١ ، ٧٦/٧ ، ٧٨ . ومسلم ، فى : باب وجوب الإحداد فى عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فيما تجتنب المعتدة فى عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٧/١ . والنسائى ، فى : باب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة ، وباب الخضاب للحادة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٨/٦ ، ١٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب هل تحد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٧٤/١ ، ٦٧٥ . والدارمى ، فى : باب النهى للمرأة عن الزينة ، من كتاب الطلاق ١٦٧/٢ ، ١٦٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٨٥/٥ ، ٤٠٨/٦ .

(٧) سقط من : ب .

زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وعَشْرًا». مُتَّفَقٌ عليه[8] . ولأَنَّ الطِّيبَ يُحَرِّكُ الشَّهْوةَ، ويَدْعُـو إلى المُباشرةِ . ولا يَجُوزُ لها اسْتِعْمالُ الأَدْهانِ المُطَيِّبةِ، كدُهْنِ الوَرْدِ والبَنَفْسَجِ والياسَمِينِ والْبَانِ، وما أَشْبَهه ؛ لأَنَّه اسْتِعمالٌ للطِّيبِ . فأَمَّا الادِّهانُ بغير المُطَيِّبِ[9]، كالزَّيْتِ والشَّيْرَجِ والسَّمْنِ ، فلا بَأْسَ به ؛ لأَنَّه ليس بِطِيبٍ. الثانى ، اجْتِنابُ الزِّينةِ ، وذلك واجبٌ فى قولِ عامةِ أهلِ العِلْمِ ؛ منهم ابنُ عمرَ ، وابنُ عباسٍ، وعَطاءٌ . وجماعةُ أهلِ العلمِ يَكْرَهُون ذلك ، ويَنْهَوْنَ عنه ، وهو ثلاثة أقسامٍ ؛ أحدها ، الزِّينةُ فى نَفْسِها، فيَحْرُمُ عليها أن تَخْتَضِبَ ، وأن تُحَمِّرَ وَجْهَها بالكَلْكُـون[10] ، وأن تُبَيِّضَه بأَسْفِيـدَاجِ[11] العَرايسِ ، وأن تَجْعَلَ عليه صَبِرًا يُصَفِّرُه ، وأن تَنْقُشَ وَجْهَها ويَدَيْها ، وأن تُحَفِّفَ وَجْهَها ، وما أَشْبهه ممَّا يُحَسِّنُهَا ، وأن تَكْتَحِلَ بالإِثْمِدِ مِن غيرِ ضَرُورةٍ ؛ وذلك لما رَوَتْ أُمُّ سَلَمةَ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُها ، لَا تَلْبَسُ الْمُعَصْفَرَ مِنَ الثِّيابِ ، ولَا المُمَشَّقَ، ولَا الحَلْىَ ، ولَا تَخْتَضِبُ، ولَا تَكْتَحِلُ » . روَاه النَّسائِىُّ، وأبو داودَ[12] .
ورَوَتْ أُمُّ عَطِيَّـةَ ، أَنَّ رسولَ الله ﷺ، قال : « لَا تَحِـدُّ الْمَـرْأةُ فَوْقَ ثَلَاثَـةِ

---

(8) أخرجه البخارى ، فى : باب حد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الجنائز . صحيح البخارى ٢/ ٩٩ . ومسلم ، فى : باب وجوب الإحداد فى عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/ ١١٢٣-١١٢٧ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٣٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى عدة المتوفى عنها زوجها ، من أبواب الطلاق عارضة الأحوذى ٥/ ١٧٢ ، ١٧٣ . والنسائى ، فى : باب سقوط الإحداد عن الكتابية المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٦٥ . والدارمى ، فى : باب النهى للمرأة عن الزينة فى العدة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٦٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الإحداد ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٩٦ ، ٥٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٤٢٦ .

(9) فى ب : « الطيب » .

(10) الكلكون : طلاء تحمّر به المرأة وجهها ، مركب من كل ، أى ورد ، وكون ، أى لون . الألفاظ الفارسية المعربة ١٣٧ .

(11) الأسفيداج : رماد الرصاص . تعريب أسفيداب ، وأصل معناه الماء الأبيض . الألفاظ الفارسية المعربة ١٠ .

(12) أخرجه النسائى ، فى : باب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٦٩ . وأخرجه أبو داود ، فى : باب فيما تجتنب المعتدة فى عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٣٨ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٠٢ .

أَيَّامٍ ، إلَّا عَلَى زَوْجٍ ، فَإنَّهَا[١٣] تَحِدُّ أَرْبعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا ، ولا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا ، إلَّا ثَوْبَ عَصْبٍ ، ولا تَكْتَحِلُ ، ولَا تَمَسُّ طِيبًا إلَّا عِنْدَ أدْنَى طُهْرِهَا ، إذَا طَهُرَتْ مِنْ حَيْضِهَا ، بِنُبْذَةٍ مِنْ قُسْطٍ أو أظْفارٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[١٤] . وعن أُمِّ سَلَمَةَ ، قالت : جاءتِ امْرَأَةٌ إلى رسولِ الله ﷺ ، فقالت : يا رسولَ الله ، إنَّ ابْنَتِى تُوُفِّىَ عنها زَوْجُها ، وقد اشْتَكَتْ عَيْنُها ، أفتَكْحَلُها ؟ فقال رسولُ الله ﷺ : « لَا » . مَرَّتَيْنِ أو ثلاثًا . مُتَّفَقٌ عليه[١٥] . وروَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، قالتْ : دَخَلَ علىَّ رسولُ الله ﷺ ، حين تُوُفِّىَ أبو سَلَمةَ ، وقد جَعَلْتُ على عَيْنَىَّ صَبِرًا ، فقال : « مَاذَا يَا أُمَّ سَلَمةَ ؟ » . قلتُ : إنَّما هو صَبِرٌ ، ليس فيه طِيبٌ . قال : « إنَّهُ يَشِبُ الوَجْهَ[١٦] ، لَا تَجْعَلِيهِ إلَّا / باللَّيْـلِ ، وتَنْزِعِيـهِ بِالنَّهَـارِ ، وَلَا تَمْتَشِطِى بالطِّيبِ ، وَلَا بالحِنَّاءِ ، فإنَّه خِضَابٌ » . قالتْ : قلتُ : بأَىِّ شىءٍ أَمْتَشِطُ ؟ قال : « بالسِّدْرِ ، تُغَلِّفِينَ بِه رَأْسَكِ »[١٧] . ولأنَّ الكُحْلَ مِن أبْلَغِ الزِّينةِ ، والزِّينةُ تَدْعُـو إليها ، وتُحَرِّكُ الشَّهْوَةَ ، فهى كالطِّيبِ وأَبْلَغُ منه . وحُكِىَ عن بعضِ الشَّافعيَّةِ ، أنَّ للسَّوْداءِ أن تَكْتَحِلَ . وهو مُخالِـفٌ للخبرِ والمَعْنَى ، فإنَّه يُزَيِّنُها ويُحَسِّنُها . وإن اضْطُرَّتِ الحادَّةُ إلى الكُحْلِ بالإِثْمِدِ للتَّدَاوِى ، فلها أن تَكْتَحِلَ ليلًا ، وتَمْسَحَه نهارًا . ورَخَّصَ

١٥٩/٨ ظ

(١٣) فى ا ، م : « فإنه » .

(١٤) هو الذى مر فى صفحة ٢٨٥ .

(١٥) أخرجه البخارى ، فى : باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧٧/٧ . ومسلم ، فى : باب وجوب الإحداد فى عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢٤/٧ ، ١١٢٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٦/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى عدة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٧٣/٥ ، ١٧٤ . والنسائى ، فى : باب عدة المتوفى عنها زوجها ، وباب ترك الزينة للحادة المسلمة ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥٥/٦ ، ١٦٧ ، ١٦٨ .

(١٦) أى يزيد فى حسنه .

(١٧) أخرجه أبو داود ، فى : باب فيما تجتنب المعتدة فى عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٨/١ . والنسائى ، فى : باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٧٠/٦ .

فيه عند الضَّرُورةِ عَطاءٌ، والنَّخَعِيُّ، ومالكٌ، وأصْحابُ الرَّأْيِ؛ لما رَوَتْ أُمُّ حَكِيمٍ بنت أَسِيد[١٨]، عن أُمِّها، أنَّ زَوْجَها تُوُفِّيَ، وكانت تَشْتَكِي عَيْنَيْهـا، فتَكْتَحِـلُ بالجِـلاءِ، فأَرْسَلَتْ مَوْلاةً لها إلى أُمِّ سَلَمَةَ، تَسْأَلُها عن كُحْلِ الجِلَاءِ، فقالت: لا تَكْتَحِلِي إلَّا لما لا[١٩] بُدَّ منه، يَشْتَدُّ عليك، فتَكْتَحِلِينَ بالليلِ، وتَغْسِلِينَه بالنهار. رواه أبـو داودَ، والنَّسائِيُّ[٢٠]. وإنَّما مُنِعَ من الكُحْلِ بالإِثْمِدِ، لأنَّه الذى تَحْصُلُ به الزِّينَـةُ، فأمَّـا الكُحْلُ بالتُّوتِيَا[٢١] والعَنْزَرُوتِ[٢٢] ونحوهما، فلا بَأْسَ به؛ لأنَّه لا زِينَةَ فيه، بل يُقَبِّحُ العَيْنَ، ويَزِيدُها مَرَهًا[٢٣]. ولا تُمْنَعُ من جَعْلِ الصَّبِرِ على غيرِ وَجْهِها من بَدَنِها؛ لأنَّه إنَّما مُنِعَ منه فى الوَجْهِ لأنَّه يُصَفِّرُه، فيُشْبِهُ الخِضَابَ، ولهذا قال النَّبِىُّ ﷺ: «إنَّهُ يَشِبُّ الوَجْهَ» ولا تُمْنَعُ من التَّنْظِيفِ بتَقْلِيمِ الأَظْفارِ، ونَتْفِ الإِبْطِ، وحَلْقِ الشَّعَرِ المَنْدُوبِ إلى حَلْقِه، [٢٤]ولا من[٢٤] الاغْتِسالِ بالسِّدْرِ، والامْتِشاط به[٢٥]، لحديثِ أُمِّ سَلَمَةَ، ولأنَّه يُرَادُ للتَّنْظِيفِ لا لِلطِّيبِ. القسم الثانى، زِينَةُ الثِّيابِ، فتَحْرُمُ عليها الثِّيابُ المُصَبَّغَةُ للتَّحْسِينِ، كالمُعَصْفَرِ، والمُزَعْفَـرِ، وسائـرِ الأَحْمَـرِ، وسائـرِ المُلَوَّنِ للتَّحْسِينِ، كالأَزْرَقِ الصافِى، والأَخْضَرِ الصَّافِى، والأَصْفَـرِ، فلا يجوزُ لُبْسُه؛ لقولِ النَّبِىِّ: «لا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا»[٢٦]. وقولُه: «لا تَلْبَسُ المُعَصْفَرَ مِنَ

---

(١٨) فى النسخ: «أسد». وانظر: التخريج الآتى، والإكمال ١/٦٣.

(١٩) فى الأصل، ب: «ما».

(٢٠) أخرجه أبو داود، فى: باب فيما تجتنب المعتدة فى عدتها، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/٥٣٨. وأخرجه النسائى، فى: باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر، من كتاب الطلاق. المجتبى ٦/١٦٩، ١٧٠.

(٢١) التوتيا: تكون فى المعادن، منها بيضاء، ومنها إلى الخضرة، ومنها إلى الصفرة مشرب بحمرة، وهى جيدة لتقوية العين. الجامع لمفردات الأدوية ١/١٤٣-١٤٥.

(٢٢) العنزروت: هو الأنزروت، وهو صمغ شجرة تنبت فى بلاد الفرس، شبيهة بالكندر، صغيرة الحصا، فى طعمه مرارة، ولونه إلى الحمرة، تقطع الرطوبة السائلة فى العين. الجامع لمفردات الأدوية ١/٦٣.

(٢٣) مرهت العين: ابيضت حماليقها، أو فسدت لترك الكحل.

(٢٤-٢٤) فى الأصل: «ومن».

(٢٥) سقط من: ا.

(٢٦) تقدم تخريجه، فى صفحة ١٩٣.

الثِّيابِ ، ولَا المُمَشَّقَ » . فأمَّا ما لا يُقْصَدُ بصَبْغِهِ حُسْنُه ، كالكُحْلِيِّ ، والأَسْوَدِ ، والأَخْضَرِ المُشْبَعِ ، فلا تُمْنَعُ منه ؛ لأنَّه ليس بزِينةٍ . وما صُبِغَ غَزْلُه ثم نُسِجَ ، فيه احْتِمالان ؛ أحدهما ، يَحْرُمُ لُبْسُه ؛ لأنَّه أرْفَعُ وأحْسَنُ ، ولأنَّه مَصْبوغٌ للحُسْنِ ، فأشْبَهَ ما صُبِغَ بعدَ نَسْجِه . والثانى ، لا يَحْرُمُ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ فى حديثِ أُمِّ سَلَمةَ : « إلَّا / ثَوْبَ عَصْبٍ »[27] . وهو ما صُبِغَ غَزْلُه قبلَ نَسْجِه . ذكَرَه القاضى ، ولأنَّه لم يُصْبَغْ وهو ثَوْبٌ ، فأشْبَهَ ما كان حَسَنًا من الثِّيابِ غيرَ مَصْبُوغٍ . والأوَّلُ أصَحُّ ، وأمَّا العَصْبُ ، فالصحيحُ أنَّه نَبْتٌ تُصْبَغُ به الثِّيابُ . قال صاحب « الرَّوْضِ الأُنُفِ »[28] : الوَرْسُ والعَصْبُ نَبْتانِ[29] باليَمَنِ ، لا يَنْبُتانِ إلَّا به . فأرْخصَ النَّبِىُّ ﷺ للحادَّةِ[30] فى لُبْسِ ما صبِغَ بالعَصْبِ ؛ لأنَّه فى معنى ما صُبِغَ لغيرِ التَّحْسِينِ ، أمَّا ما صُبِغَ غَزْلُه للتَّحْسِينِ ، كالأحْمَرِ والأصْفَرِ ، فلا معنى لتَجْوِيزِ لُبْسِه ، مع حُصُولِ الزِّينةِ بصَبْغِه ، كحُصُولِها بما صُبِغَ بعد نَسْجِه . ولا تُمْنَعُ من حِسَانِ الثِّيابِ غيرِ المَصْبُوغةِ ، وإن كان رَقِيقًا ، سواءٌ كان من قُطْنٍ أو كَتَّانٍ أو إبْرِيسَمٍ[31] ؛ لأنَّ حُسْنَه من أصْلِ خِلْقَتِه ، فلا يلزمُ تغييرُه ، كما أنَّ المرأةَ إذا كانت حَسَنةَ الخِلْقةِ ، لا يَلْزَمُها أن تُغَيِّرَ لَوْنَها ، وتُشَوِّهَ نَفْسَها . القسم الثالث ، الحَلْىُ ، فيَحْرُمُ عليها لُبْسُ الحَلْيِ كلِّه ، حتى الخاتَمِ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « ولَا الحَلْىَ » . وقال عَطاءٌ : يُباحُ حَلْىُ الفِضَّةِ دُونَ الذَّهَبِ . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ النَّهْىَ عامٌّ ، ولأنَّ الحَلْىَ يَزِيدُ حُسْنَها ، ويَدْعُو إلى مُباشَرَتِها ، قالت امرأةٌ :[32] :

وما الحَلْىُ إلَّا زِينَةٌ لِنَقِيصَةٍ ... تُتَمِّمُ مِنْ حُسْنٍ إذا الحُسْنُ قَصَّرَا

٨/١٦٠و

---

(27) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٢٨٧ ، من حديث أم عطية ، وليس من حديث أم سلمة .

(28) انظر : الروض الأنف ٧ / ٩٦ .

(29) فى الأصل : « نبتتان » .

(30) سقط من : الأصل .

(31) الإبريسم : الحرير .

(32) البيت فى : نفح الطيب ١٦٥/٥ ، ولم ينسبه المقرى .

فصل : والثالث ممَّا تَجْتَنِبُه الحادّةُ النِّقابُ ، وما فى معناه ، مثل البُرْقُعِ ونحوِه ؛ لأنَّ المُعْتَدَّةَ مُشَبَّهةٌ بالْمُحرِمةِ والْمُحْرِمَةُ تُمْنَعُ من ذلك ، وإذا احتاجتْ إلى سَتْرِ وَجْهِها ، أَسْدَلَتْ[٣٣] عليه كما تفعلُ المُحرِمَةُ .

فصل : والرَّابع المَبِيتُ فى غيرِ مَنْزِلِها ، وممَّن أَوْجَبَ على المُتَوفَّى عنها زَوْجُها[٣٤] الاعْتِدادَ فى مَنْزِلها ، عمرُ ، وعثمانُ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، وأُمِّ سَلَمةَ . وبه يقولُ مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . قال[٣٥] ابنُ عبدِ البَرِّ : وبه يقول جماعةُ فُقَهاءِ الأَمْصارِ ، بالحجازِ ، والشامِ ، والعراقِ ، ومصرَ . وقال جابرُ بن زيدٍ ، والحسنُ ، وعَطاءٌ : تَعْتَدُّ حيث شاءَتْ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وجابرٍ ، وعائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . قال ابنُ عباسٍ / : نَسَخَتْ هذه الآيةُ عِدَّتَها عندَ أهلِه ، وسَكَنَتْ فى وَصِيَّتِها ، وإن[٣٦] شاءت خرَجَتْ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُم فِى مَا فَعَلْنَ فِى أَنْفُسِهِنَّ ﴾[٣٧] . قال عَطاءٌ : ثم جاء المِيراثُ ، فنَسَخَ السُّكْنَى ، تَعْتَدُّ حيثُ شاءَتْ . رواهما أبو داودَ[٣٨] . ولَنا ، ما روت فُرَيْعَةُ بنت مالكِ بن سِنَان ، أختُ أبى سعيدٍ الخُدْرِىِّ[٣٩] ، أنَّها جاءتْ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فأَخْبَرَتْه أنَّ زَوْجَها خَرَجَ فى طَلَبِ أَعْبُدٍ له ، فقَتَلُوه بطَرَفِ القَدُومِ[٤٠] ، فسألتُ رسولَ اللهِ ﷺ أن أَرْجِعَ إلى أَهْلِى ، فإنَّ زَوْجِى لم يَتْرُكْنِى فى مَسْكَنٍ يَمْلِكُه ، ولا نَفَقةٍ . قالت : فقال رسولُ اللهِ ﷺ :

١٦٠/٨ ظ

---

(٣٣) فى الأصل : « سدلت » .

(٣٤) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٥) فى ا ، ب ، م : « وقال » .

(٣٦) فى ا : « فإن » .

(٣٧) سورة البقرة ٢٤٠ .

(٣٨) فى : باب من رأى التحول ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٣٧ .

(٣٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٠) القدوم : موضع على ستة أميال من المدينة . واسم جبل بالموضع . انظر : معجم البلدان ٤/ ٤٠ .

« نَعَمْ » . قالتْ : فخَرَجْتُ حتى إذا كنتُ فى الحُجْرةِ أو فى المَسْجِدِ ، دَعانِى ، أو أمَرَ بى فدُعِيتُ له ، فقال رسولُ الله ﷺ : « كَيْفَ قُلْتِ ؟» فرَدَّدْتُ عليه القِصَّةَ ، فقال : « امْكُثِى فِى بَيْتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ » . فاعْتَدَدْتُ فيه أرْبعةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا ، فلمَّا كان عثمانُ بن عَفّان ، أرْسَلَ إلىَّ ، فسألَنِى عن ذلك ، فأخْبَرْتُه فاتَّبَعه ، وقَضَى به . رواه مالكٌ، فى مُوطَّأِه[41] ، والأثْرَمُ ، وهو حديثٌ صحيحٌ ، قَضَى به عثمانُ فى جَماعةِ الصحابةِ فلم يُنْكِرُوه . إذا[42] ثَبتَ هذا ، فإنَّه يجبُ الاعْتِدادُ فى المَنْزِلِ الذى مات زَوْجُها وهى ساكِنَةٌ به ، سواءٌ كان مَمْلوكًا لزَوْجِها ، أو بإجَارةٍ ، أو عارِيَّةٍ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال للفُرَيْعَةِ[43] : « امْكُثِى فى بَيْتِكِ » . ولم تكُنْ فى بيتٍ يَمْلِكُه زَوْجُها ، وفى بعضِ ألفاظِه : « اعْتَدِّى فِى الْبَيْتِ الَّذِى أَتَاكِ فِيه نَعْىُ زَوْجِكِ » . وفى لفظ : « اعْتَدِّى حَيْثُ أَتَاكِ الْخَبَرُ » . فإنْ أتاها الخبرُ فى غيرِ مَسْكَنِها ، رَجَعَتْ إلى مَسْكَنِها فاعْتَدَّتْ فيه . وقال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والنَّخَعِىُّ : لا تَبْرَحُ من مكانِها الذى أتاها فيه نَعْىُ زَوْجِها ، اتِّباعًا لِلَفْظِ الخَبَرِ الذى رَوَيْناه . ولَنا ، قولُه عليه السَّلام : « امْكُثِى فى بَيْتِكِ » . واللفظُ الآخرُ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، والمُرادُ به هذا ، فإنَّ قَضَايَا الأعْيانِ لا عُمُومَ لها ، ثم لا يُمْكِنُ حَمْلُه على العُمُومِ ؛ فإنَّه لا يَلْزَمُها[44] الاعْتِدادُ فى السُّوقِ والطَّرِيقِ والبَرِّيَّةِ ، إذا أتاها الخَبَرُ وهى فيها .

فصل : فإن خافَتْ هَدْمًا أو غَرَقًا أو عَدُوًّا أو نحوَ ذلك ، أو حَوَّلَها صاحبُ المَنْزِلِ

---

(41) فى : باب مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تحل ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٩١ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المتوفى عنها تنتقل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٣٦ ، ٥٣٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/١٩٥ ، ١٩٦ . والنسائى ، فى : باب مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تحل ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٦٥ ، ١٦٦ . وابن ماجه ، فى : باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٥٤ ، ٦٥٥ . والدارمى ، فى : باب خروج المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/١٦٨ .

(42) فى ب ، م : « وإذا » .

(43) فى م : « لفريعة » .

(44) فى ب : « يلزم » .

١٦١/٨و لكونِه / عاريَّةً رَجَعَ فيها، أو بإجارةٍ انْقضَتْ مُدَّتُها ، أو مَنَعها السُّكْنَى تَعَدِّيًا ، أو امْتَنعَ من إجارَتِه ، أو طَلَبَ به أكثرَ من أُجْرَةِ المِثْلِ ، أو لم[٤٥] تَجِدْ ما تَكْتَرِى به ، أو لم تجِدْ إلَّا من مالِها، فلها أن تَنْتَقِلَ ؛ لأنَّها حالُ عُذْرٍ ، ولا يَلْزَمُها بَذْلُ[٤٦] أجْرِ المَسْكَنِ ، وإنَّما الواجبُ عليها فِعْلُ السُّكْنَى ، لا تَحْصِيلُ المَسْكَن ، وإذا تَعَذَّرَتِ السُّكْنَى ، سَقَطَتْ ، ولها أن تَسْكُنَ حيثُ شاءتْ . ذكرَه القاضى . وذكر أبو الخطَّابِ ، أنَّها تَنْتَقِلُ إلى أقْرَبِ ما يُمْكِنُها النُّقْلةُ إليه . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه أقْرَبُ إلى مَوْضعِ الوُجوبِ[٤٧] ، فأشْبَهَ مَنْ وَجَبَتْ عليه الزَّكاةُ فى مَوْضعٍ لا يَجِدُ فيه أهْلَ السُّهْمانِ ، فإنَّه يَنْقُلُها إلى أقْرَبِ مَوْضِعٍ يَجِدُهم فيه . ولَنا ، أنَّ الواجبَ سَقَطَ لعُذْرٍ ، ولم يَرِدِ الشَّرْعُ له ببَدَلٍ ، فلا يجبُ ، كما لو سَقَطَ الحجُّ للعَجْزِ عنه وفَواتِ شَرْطٍ ، والمُعْتَكِفِ إذا لم يَقْدِرْ على الاعْتكافِ فى المَسْجِدِ ، ولأنَّ ما ذكَرُوه إثباتُ حُكْمٍ بلا نَصٍّ ، ولا مَعْنَى نَصٍّ ، فإنَّ مَعْنَى الاعْتِدادِ فى بَيْتِها لا يُوجَدُ فى السُّكْنَى فيما قَرُبَ منه ، ويُفارِقُ أهْلَ السُّهمانِ ؛ فإنَّ القَصْدَ نَفْعُ الأقْرَبِ ، وفى نَقْلِها إلى أقْرَبِ مَوْضِعٍ يَجِدُه نَفْعُ الأقْرَبِ ، فوَجَبَ لذلك .

فصل : قال أصحابُنا : ولا سُكْنَى للمُتَوفَّى عنها ، إذا كانت حائِلًا . روايةً واحدةً . وإن كانت حاملًا ، فعلى روايتَيْنِ . وللشافعيِّ فى سُكْنَى المُتَوفَّى عنها قَوْلان . وَجْهُ الوُجُوبِ قولُه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَـٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾ . فنُسِخَ[٤٨] بعضُ المُدَّةِ ، وبَقِىَ باقِيها على الوُجُوبِ . ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، أمَرَ فُرَيْعَةَ بالسُّكْنَى فى بيتِها ، من غيرِ استئذانِ الوَرَثَةِ ، ولو لم تجبِ السُّكْنَى ، لم يكُنْ لها أن تَسْكُنَ إلَّا بإذْنِهم ، كما أنَّها ليس لها أن تَتصرَّفَ فى شىءٍ من مالِ زَوْجِها بغيرِ إذْنِهم . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى إنَّما جَعَلَ للزَّوْجةِ ثُمْنَ التَّرِكَةِ أو رُبْعَها ،

---

(٤٥) فى الأصل : « ولم » .

(٤٦) فى ا ، ب ، م : « بذلك » .

(٤٧) فى ا ، م : « الوجود » .

(٤٨) فى ا : « ففسخ » .

وجَعَلَ باقِيَها لسائرِ الوَرَثةِ ، والمَسْكَنُ من التَّرِكةِ ، فوَجَبَ أن لا يُسْتَحَقَّ منه أكْثَرُ من ذلك ، ولأنَّها بائِنٌ من زَوْجِها ، فأشْبَهتِ المُطَلَّقةَ ثلاثًا ، وأمَّا إذا كانت حامِلًا ، وقُلْنا : لها السُّكْنَى . فلأنَّها حامِلٌ من زَوْجِها ، فوَجَبَ لها / السكنَى . قياسًا على المُطَلَّقةِ . فأما الآيةُ التى احْتَجُّوا بها ، فإنَّها مَنْسُوخةٌ ، وأمَّا أمْرُ النَّبِىِّ ﷺ فُرَيْعَةَ بالسُّكْنَى ، فقَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أنَّه عليه السلام عَلِمَ أنَّ الوارثَ يَأْذَنُ فى ذلك ، أو بكَوْنِ الأمْرِ يَدُلُّ على وُجُوبِ السُّكْنَى عليها ، ويَتَقَيَّدُ ذلك بالإمْكانِ ، وإذْنُ الوارِثِ من جُمْلةِ ما يَحْصُلُ الإمكانُ[٤٩] به ، فإذا قُلْنا : لها السُّكْنَى . فهى أحَقُّ بسُكْنَى المسكنِ الذى كانت تَسْكُنُه من الوَرَثةِ والغُرَماءِ ، من رأسِ مالِ المُتَوَفَّى ، ولا يُباعُ فى دَيْنِه بَيْعًا يَمْنَعُها السُّكْنَى فيه[٤٩] ، حتى تَقْضِىَ العِدَّةَ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وجمهورُ العلماءِ ، وإن تَعَذَّرَ ذلك[٥٠] المسكنُ ، فعلى الوارِثِ أن يَكْتَرِىَ لها مَسْكَنًا من مالِ المَيِّتِ ، فإن لم يَفْعَلْ ، أجْبَرَه الحاكمُ ، وليس لها أن تَنْتَقِلَ من مَسْكَنِها إلَّا لِعُذْرٍ ، كما ذكَرْنا . وإن اتَّفَقَ الوارثُ والمرأةُ على نَقْلِها عنه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ هذه السُّكْنَى يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ اللهِ تعالى ، لأنَّها تَجِبُ للعِدَّةِ ، والعِدَّةُ يتَعَلَّقُ بها حَقُّ اللهِ تعالى ، فلم يَجُزِ اتِّفاقُهما على إبْطالِها ، بخلافِ سُكْنَى النِّكاحِ ؛ فإنَّها حَقٌّ لهما ، ولأنَّ السُّكْنَى هٰهُنا من الإحْدادِ ، فلم يَجُز الاتِّفاقُ على تَرْكِها ، كسائرِ خِصالِ الإحْدادِ . وليس لهم أن يُخْرِجُوها ، إلَّا أن تَأْتِىَ بفاحِشةٍ مُبيِّنَةٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾[٥١] . وهى أن تُطِيلَ[٥٢] لِسانَها على أحْمائِها وتُؤْذِيَهُم بالسَّبِّ ونحوِه . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عباسٍ . وهو قولُ الأكْثَرِينَ . وقال ابنُ مسعودٍ ، والحسنُ[٤٩] : هى الزِّنَى لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ من

١٦١/٨ظ

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) سقط من : ب ، م .

(٥١) سورة الطلاق ١ .

(٥٢) فى ا ، ب ، م : « تطول » .

نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً منكم ﴾[٥٣] . وإخراجُهُنَّ هو الإخْراجُ لإقامةِ حَدِّ الزِّنَى ، ثم تُرَدُّ إلى مَكانِها . ولَنا ، أنَّ الآيةَ تَقْتَضِى الإخْراجَ عن السُّكْنَى ، وهذا لا يَتَحقَّقُ فيما قالاه . وأمَّا الفاحِشَةُ فهى اسْمٌ للزِّنَى وغيرِه من الأقوالِ الفاحِشَةِ ، يقال : أفْحَشَ فلانٌ فى مَقالِه . ولهذا رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قالتْ له عائشةُ : يا رسولَ الله ، قلتَ لفلانٍ : « بِئْسَ أَخُو الْعَشِيرَةِ » . فلما دَخَلَ أَلَنْتَ له القولَ . فقال : « يا عَائِشَةُ ، إنَّ اللهَ لَا يُحِبُّ الفُحْشَ وَلَا التَّفَحُّشَ »[٥٤] . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الوَرَثةَ يُخْرِجُونَها عن ذلك المَسْكَنِ ، إلى مسكنٍ آخَرَ من الدارِ إن كانَتْ كبيرةً تَجْمَعُهم ، فإن كانتْ لا تجمعُهم ، أو لم يُمْكِنْ نَقْلُها إلى غيرِه فى الدارِ ، أو لم[٥٥] يتخَلَّصُوا من أذاها بذلك ، فلهم نَقْلُها . وقال بعضُ أصحابِنا : يَنْتَقِلُونَ/ هم عنها ؛ لأنَّ سُكْناها واجبٌ فى المكانِ ، وليس بواجبٍ عليهم . والنَّصُّ يَدُلُّ على أنَّها تُخْرَجُ ، فلا يُعَرَّجُ[٥٦] على ما خالَفَه ، ولأنَّ الفاحِشَةَ منها ، فكان الإخْراجُ لها . وإن كان أحْماؤُها هم الذين يُؤْذُونَها ، ويُفْحِشُونَ عليها ، نُقِلُوا هم دُونَها ، فإنَّها لم تَأْتِ بفاحِشَةٍ ، فلا تُخْرَجُ بمُقْتَضَى النَّصِّ ، ولأنَّ الذَّنْبَ لهم فيُخَصُّون[٥٧] بالإخْراجِ . وإن كان المَسْكَنُ لغيرِ المَيِّتِ فتبَرَّعَ صاحِبُه بإسْكانِها فيه ، لَزِمَها الاعْتِدادُ به ، وإن أبَى أن يُسْكِنَها إلَّا بأُجْرَةٍ ، وجَبَ بَذْلُها من مالِ المَيِّتِ ، إلَّا أن يتبَرَّعَ إنسانٌ ببَذْلِها ، فيَلْزَمُها[٥٨] الاعْتِدادُ به ، فإن حَوَّلَها مالِكُ[٥٩]

٨/٢٦٢و

(٥٣) سورة النساء ١٥ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب لم يكن النبى ﷺ فاحشا ولا متفحشا ، وباب ما يجوز من اغتياب أهل الفساد والريب ، وباب المداراة مع الناس ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١٥/٨ ، ١٦ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٣٨ . وأبو داود ، فى : باب فى حسن العشرة ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٥٥١/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى حسن الخلق ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٣/٢ ، ٩٠٤ .

(٥٥) فى ب ، م : « ولم » .

(٥٦) فى ا : « يعول » .

(٥٧) فى الأصل : « فيختصون » .

(٥٨) فى الأصل ، ب : « ويلزمها » .

(٥٩) فى ا ، م : « صاحب » .

المكانِ ، أو طَلَبَ أكثرَ من أُجْرةِ[٦٠] المِثْلِ ، فعلى الوَرَثةِ إسْكانُها إن كان للمَيِّتِ تَرِكةٌ يُسْتَأْجَرُ لها به مَسْكَنٌ ؛ لأنَّه حَقٌّ لها يُقَدَّمُ على المِيراثِ ، فإن اخْتارت النُّقْلةَ عن هذا المسْكنِ الذى يَنْقُلُونَها إليه ، فلها ذلك ؛ لأنَّ سُكْناها به حَقٌّ لها ، وليس بواجبٍ عليها ، فإنَّ المسكنَ الذى كان يَجِبُ عليها السُّكْنَى به ، هو الذى كانت تَسْكُنُه حين مَوْتِ زَوْجِها ، وقد سَقَطَتْ عنها السُّكْنَى به ، وسَواءٌ كان المسكنُ الذى كانتْ به لأَبَوَيْها ، أو لأحَدِهما ، أو لغيرِهم . وإن كانت تَسْكُنُ فى [٦١]دارٍ لها[٦١] ، فاخْتارتِ الإقامةَ فيها ، والسكنَى بها ، مُتَبرِّعةً أو بأُجْرةٍ تَأْخُذُها من التَّرِكةِ ، جاز ، ويَلْزَمُ الوَرَثةَ بَذْلُ الأُجْرةِ إذا طَلَبَتْها ، وإن طَلَبَتْ أن تُسْكِنَها غيرَها ، وتَنْتَقِلَ عنها ، فلها ذلك ؛ لأنَّه ليس عليها أن تُؤْجِرَ دارَها ولا تُعيرَها ، وعليهم إسْكانُها .

فصل : فأمَّا إذا قُلْنا : ليس لها السُّكْنَى . فتَطَوَّعَ الوَرَثةُ بإسْكانِها فى مَسْكنِ زَوْجِها ، أو السُّلْطانُ ، أو أجْنَبِىٌّ ، لَزِمَها الاعْتِدادُ به ، وإن مُنِعَتِ السُّكْنَى به ، أو طَلَبُوا منها الأُجْرةَ ، فلها أن تَنْتقِلَ عنه[٦٢] إلى غيرِه ، كما ذكَرْنا فيما إذا أخْرَجَها المُؤْجِرُ عندَ انْقِضاءِ الإجَارةِ ، وسَواءٌ قَدَرَتْ على الأُجْرةِ ، أو عَجَزَتْ عنها ؛ لأنَّه إنَّما تَلْزَمُها السُّكْنَى لا تَحْصِيلُ المَسْكَنِ . وإن كانت فى مَسْكَنٍ لِزَوْجِها ، فأَخْرَجَها الوَرَثةُ منه ، وبَذَلُوا لها مَسْكَنًا آخَرَ ، لم تَلْزَمْها السُّكْنَى به[٦٣] . وكذلك إن أُخْرِجَتْ من المسْكنِ الذى هى به ، أو خَرَجَتْ لأىِّ عارِضٍ كان ، لم تَلْزَمْها السُّكْنَى فى موضعٍ مُعَيَّنٍ سِواهُ ، سَواءٌ بَذَلَه الورثةُ أو غيرُهم ؛ لأنَّها إنَّما يَلْزَمُها الاعْتِدادُ فى بَيْتِها الذى كانت فيه ، لا فى غيرِه . وكذلك إذا قُلْنا : لها السُّكْنَى . فتعذَّرَ سُكْناها فى مَسْكَنِها ، وبُذِلَ لها سِواهُ . وإن طَلَبَتْ مَسْكَنًا سِواهُ ، لَزِمَ الوَرَثةَ تَحْصِيلُه ، بأُجْرةٍ أو بغيرِها / ، إن خَلَّفَ المَيِّتُ تَرِكةً تَفِى ١٦٢/٨ ظ

---

(٦٠) فى الأصل ، ب : « أجر » .

(٦١ - ٦١) فى ب ، م : « دارها » .

(٦٢) فى الأصل : « منه » .

(٦٣) سقط من : ا ، ب ، م .

بذلك ، ويُقَدَّمُ ذلك على الميراثِ ؛ لأنَّه حَقٌّ على الميِّتِ ، فأشْبَهَ الدَّيْنَ ؛ فإن كان على الميِّتِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ مالَه ، ضَرَبَتْ بأُجْرةِ المسكنِ [64] مع الغُرْماءِ [64] ؛ لأنَّ حَقَّها مُساوٍ لحُقُوقِ الغُرماءِ ، وتَسْتَأْجِرُ بما يُصِيبُها مَوْضِعًا تَسْكُنُه . وكذلك الحكمُ في المُطَلَّقةِ إذا حُجِرَ على الزَّوجِ قبلَ أن يُطَلِّقَها ، ثم طَلَّقَها ، فإنَّها تَضْرِبُ بأجرةِ المسكنِ لمُدَّةِ العِدَّةِ مع الغُرماءِ ، إذا كانت حاملًا . فإن قيل : فهلَّا قَدَّمْتُم حَقَّ الغُرماءِ ؛ لأنَّه أسْبَقُ ؟ قُلنا : لأنَّ حَقَّها ثَبَتَ عليه بغيرِ اخْتيارِها ، فشارَكتِ الغُرَماءَ فيه ، كما لو أتْلَفَ المُفْلِسُ مالًا لإنسانٍ أو جَنَى عليه ، وإن مات ، وهي في مَسْكَنِه ، لم يَجُزْ إخراجُها منه ؛ لأنَّ حَقَّها تعَلَّقَ بعينِ المَسْكَنِ قبلَ تعَلُّقِ حُقُوقِ الغُرماءِ بعَيْنِه ، فكان حَقُّها مُقَدَّمًا كحَقِّ المُرْتَهِنِ . وإن طلبَ الغُرماءُ بَيْعَ هذا المسكنِ ، وتُتْرَكُ السُّكْنَى لها مُدَّةَ العِدَّةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّها إنَّما تَسْتَحِقُّ السُّكْنَى إذا كانت حاملًا ، ومُدَّةُ الحَمْلِ مَجْهُولةٌ ، فتَصِيرُ كما لو باعَها واسْتَثْنَى نَفْعَها مُدَّةً مجهولةً . وإن أراد الورثةُ قِسْمةَ مَسْكَنِها على وَجْهٍ يَضُرُّ بها في السُّكْنَى ، لم يكُنْ لهم ذلك . وإن أرادوا التَّعْلِيمَ بخُطُوطٍ ، من غَيْرِ نَقْضٍ ولا بِناءٍ ، جاز ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ عليها فيه .

فصل : وإذا قُلْنا : إنها تَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بقَدْرِ مُدَةِ عِدَّتِها . فإنَّها تَضْرِبُ بمُدَّةِ عادَتِها في وَضْعِ الحَمْلِ ، إن كانتْ حاملًا ، وإن كانَتْ مُطلَّقةً من ذَواتِ القُرُوءِ ، وقُلْنا : لها السُّكْنَى . ضَرَبَتْ بمُدَّةِ عادَتِها في القُرُوءِ ، فإن لم تكُنْ لها عادةٌ ، ضَرَبَتْ بغالبِ عاداتِ النِّساءِ ، وهو تِسْعَةُ أشْهُرٍ للحَمْلِ ، وثلاثةُ أشْهُرٍ ، لكلِّ قُرْءٍ شَهْرٌ ، أو بما [65] بَقِيَ من ذلك ، إن كان قد مَضَى من مُدَّةِ حَمْلِها شيءٌ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تأْخِيرُ القِسْمةِ لحَقِّ الغُرَماءِ ، فإذا ضَرَبَتْ بذلك ، فوافَقَ الصَّوابَ ، ولم [66] تَزِدْ ولم تَنْقُصْ ،

(64-64) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(65) في ب : « وبما » .

(66) في م : « فلم » .

اسْتَقَرَّ الحُكْمُ ، وتَسْتَأْجِرُ بما يَحْصُلُ لها مَكانًا تَسْكُنُه . وإذا تَعذَّرَ ذلك ، سَكَنَتْ حيث شاءتْ . وإن كانت المُدَّةُ أقلَّ ممَّا ضَرَبَتْ به ، مثل أن وضَعَتْ حَمْلَها[٦٧] لِستَّةِ أشْهُرٍ ، أو ترَبَّصَتْ ثلاثةَ قُرُوءٍ فى شَهْرَيْنِ ، فعليها رَدُّ الفَضْلِ ، وتَضْرِبُ فيه بحِصَّتِها منه . وإن طالتِ العِدَّةُ أكثرَ من ذلك ، مثل أن وَضَعَتْ حَمْلَها فى عامٍ ، أو رأتْ ثلاثةَ قُرُوءٍ فى نِصْفِ عامٍ ، رَجَعَتْ بذلك على الغُرَماءِ ، كما يَرْجِعُون عليها فى صُورةِ النَّقْصِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَرْجِعَ به ، ويكونَ فى ذِمَّةِ زَوْجِها ؛ لأنَّنا قَدَّرْنا ذلك مع تَجْوِيزِ الزِّيادةِ ، فلم تكُنْ لها / الزِّيادةُ عليه . ٨/١٦٣و

فصل : وللمُعْتَدَّةِ الخروجُ فى حوائِجِها نهارًا ، سَواءٌ كانت مُطَلَّقةً أو مُتَوفًّى عنها[٦٨] ؛ لما رَوَى جابرٌ ، قال : طُلِّقَتْ خالَتِى ثَلاثًا ، فخَرَجَتْ تَجُذُّ نَخْلَها ، فلَقِيَها رَجُلٌ ، فنهاها ، فذَكَرَتْ ذلك للنَّبىِّ ﷺ ، فقال : « اخْرُجِى ، فَجُذِّى نَخْلَكِ ، لَعَلَّكِ أنْ تَصَدَّقِى[٦٩] مِنه ، أو تَفْعَلِى خَيْرًا » . رواه النَّسائِىُّ ، وأبو داودَ[٧٠] . ورَوَى مُجاهِدٌ ، قال : اسْتُشْهِدَ رِجَالٌ يومَ أُحُد ، فجاءتْ نِساؤُهم رسولَ اللهِ ﷺ ، وقُلْنَ : يا رَسُولَ اللهِ ، نَسْتَوْحِشُ باللَّيلِ ، أفَنَبِيتُ عندَ إحْدانَا ، فإذا أصْبَحْنَا بادَرْنَا إلى بُيُوتِنا ؟ فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « تَحَدَّثْنَ عِنْدَ إحْدَاكُنَّ ، حَتَّى إذَا أرَدْتُنَّ النَّوْمَ ، فَلْتَؤُبْ كُلُّ وَاحِدَةٍ إلى بَيْتِها »[٧١] . وليس لها المَبِيتُ فى غيرِ بَيْتِها ، ولا الخروجُ ليلًا ، إلَّا لِضَرُورةٍ ؛ لأنَّ

---

(٦٧) سقط من : ب .

(٦٨) فى ا زيادة : « زوجها » .

(٦٩) فى م : « تتصدق » .

(٧٠) أخرجه النسائى ، فى : باب خروج المتوفى عنها بالنهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٧٤/٦ . وأبو داود ، فى : باب فى المبتوتة تخرج بالنهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٥/١ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب جواز خروج المعتدة البائن ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢١/٢ . وابن ماجه ، فى : باب هل تخرج المرأة فى عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٦/١ . والدارمى ، فى : باب خروج المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ١٦٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٢١/٣ . والبيهقى ، فى : باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٦/٧ .

(٧١) أخرجه البيهقى ، فى : باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٦/٧ . وعبد الرزاق ، فى : باب أين تعتد المتوفى عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦/٧ .

الليلَ مَظِنَّةُ الفَسَادِ ، بخلافِ النهارِ ، فإنَّه مَظِنةُ قَضَاءِ الحَوائِجِ والمَعَاشِ ، وشِرَاءِ ما يُحْتاجُ إليه . وإن وَجَبَ عليها حَقٌّ لا يمكنُ اسْتيفاؤُه إلَّا بها ، كاليَمِينِ والحَدِّ ، وكانت ذاتَ خِدْرٍ ، بَعَثَ إليها الحاكمُ مَنْ يَسْتَوْفِي الحَقَّ منها فى مَنْزِلِها ، وإن كانت بَرْزَةً[72] ، جاز إحْضارُها لِاسْتِيفائِه ، فإذا فَرَغَتْ رَجَعَتْ إلى مَنْزِلِها .

فصل[73] : والأَمَةُ كالحُرَّةِ فى الإحْدادِ والاعْتِدادِ فى المَنْزِلِ ، إلَّا أنَّ سُكْناها فى العِدَّةِ كسُكْناها فى حَياةِ زَوْجِها ، للسَّيِّدِ إمْساكُها نَهارًا ، وإرْسالُها ليلًا ، فإن أرسَلَها ليلًا ونهارًا ، اعْتَدَّتْ زَمانَها كلَّه فى المنزلِ ، وعلى الوَرَثَةِ إسْكانُها[74] فيهما[75] ، كالحُرَّةِ سَواءً .

فصل : والبَدَوِيَّةُ كالحَضَرِيَّةِ فى الاعْتِدادِ فى مَنْزِلِها الذى مات زَوْجُها وهى ساكِنَةٌ فيه ، فإن انْتقلتِ الحِلَّةُ ، انْتَقَلَتْ معهم ؛ لأنَّها لا يُمْكِنُها المُقامُ وحدَها ، وإن انتقلَ غيرُ أهْلِها ، لَزِمَها المُقامُ معهم[76] ، وإن انْتقَل أهْلُها ، انتقَلتْ معهم ، إلَّا أن يَبْقَى من الحِلَّةِ من لا تَخَافُ على نَفْسِها معهم ، فتكونَ مُخَيَّرةً بين الإقامةِ والرَّحِيلِ . وإن هَرَبَ أهْلُها ، فخافَتْ ، هَرَبَتْ معهم ، وإن أَمِنَتْ أقامَتْ لِقَضاءِ العِدَّةِ فى مَنْزِلِها .

فصل : فإن مات صاحبُ السَّفِينةِ وامرأتُه فى السَّفِينةِ ، ولها مسكنٌ فى البَرِّ ، فحُكْمُها حكمُ المُسافِرَةِ فى البَرِّ ، على ما سنذكُره ، وإن لم يَكُنْ لها مسكنٌ سِوَاها ، وكان لها[77] فيها[78] بَيْتٌ يُمْكِنُها السُّكْنَى فيه ، بحيثُ لا تَجْتَمِعُ مع / الرِّجالِ ، وأمْكَنَها المُقامُ فيه ، بحيثُ تَأْمَنُ على نَفْسِها ومعها مَحْرَمُها ، لَزِمَها أن تَعْتَدَّ به ، فإن كانت

٨/١٦٣ظ

---

(٧٢) امرأة برزة : تبرز للقوم ، يجلسون إليها ويتحدثون ، وهى عفيفة .

(٧٣) سقط هذا الفصل من : ب .

(٧٤) فى م : « سكناها » .

(٧٥) فى الأصل : « فيها » .

(٧٦) فى الشرح الكبير : « مع أهلها » .

(٧٧) سقط من : ب ، م .

(٧٨) فى ا : « فيه » .

ضَيِّقَةً ، وليس معها مَحْرَمُها ، أو لا يُمْكِنُها الإقامةُ فيها إلَّا بحيثُ تَخْتَلِطُ بالرِّجالِ ، لَزِمَها الانْتِقالُ عنها[79] إلى موضعٍ سِوَاها .

١٣٦٤ – مسألة ؛ قال : (والْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا ، تَتَوَقَّى الطِّيبَ ، والزِّينَةَ ، والكُحْلَ بالإِثْمِدِ)

اخْتلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى وُجوبِ الإحْدادِ على المُطلَّقةِ البائِنِ ؛ فعنه ، يجبُ عليها . وهو قولُ سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . والثانية ، لا يجبُ عليها . وهو قولُ عَطاءٍ ، ورَبيعةَ ، ومالكٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . ونحوُه قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ، أنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ ، إلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا »[1] . وهذه عِدَّةُ الوَفاةِ ، فيَدُلُّ على أنَّ الإحْدادَ إنَّما يَجِبُ فى عِدَّةِ الوَفاةِ ، ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ عن غيرِ وَفاةٍ ، فلم يَجِبْ عليها الإحْدادُ ، كالرَّجْعِيَّةِ ، والمَوْطُوءةِ بشُبْهةٍ ، ولأنَّ الإحْدادَ فى عِدَّةِ الوفاةِ لإظْهارِ الأسَفِ على فِرَاقِ زَوْجِها ومَوْتِه ، فأمَّا الطَّلاقُ فإنَّه فارَقَها باخْتيارِ نَفْسِه ، وقَطَعَ نِكاحَها ، فلا معنى لتَكْلِيفِها الحُزْنَ عليه ، ولأنَّ المُتَوفَّى عنها لو أتَتْ بوَلَدٍ ، لَحِقَ الزَّوجَ ، وليس له مَنْ يَنْفِيه ، فاحْتِيطَ عليها بالإحْدادِ ، لئَلَّا يَلْحَقَ بالمَيِّتِ مَنْ ليس منه ، بخلافِ المُطَلَّقةِ ، فإنَّ زَوْجَها باقٍ ، فهو يحْتاطُ عليها بنفْسِه ، ويَنْفِى وَلَدَها إذا كان من غيرِه . ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُولَى ، أنَّها مُعْتَدَّةٌ بائنٌ من نكاحٍ ، فلَزِمَها الإحْدادُ ، كالمُتَوفَّى عنها زَوْجُها ؛ وذلك لأنَّ العِدَّةَ تُحَرِّمُ النِّكاحَ ، فحَرَّمَتْ[2] دَواعِيَه . ويُخَرَّجُ على هذا الرَّجْعِيَّةُ ، فإنَّها زَوْجَةٌ ، والمَوْطوءةُ بشُبْهةٍ ليست مُعتَدةً من نِكاحٍ ، فلم تَكْمُلِ الحُرْمَةُ . فأمَّا الحديثُ ، فإنَّما مَدْلُولُه تحريمُ الإحْدادِ على مَيِّتٍ غيرِ الزَّوجِ ، ونحنُ نَقُولُ

---

(٧٩) فى ب ، م : « منها » .

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٣ .

(٢) فى الأصل : « فتحرم » .

به ، ولهذا جاز الإحدادُ هٰهُنا بالإجْماعِ ، فإذا قُلْنا : يَلْزَمُها الإحدادُ ، لَزِمَها شيْئان ؛ تَوَقِّى الطِّيبِ ، والزِّينةِ فى نَفْسِها ، على ما قَدَّمنا فيهما[3] ، ولا تُمْنَعُ من النِّقابِ ، ولا من الاعْتِدادِ فى غير مَنْزِلها ، ولذلك أمَرَ النَّبِىُّ ﷺ فاطمةَ بنت قيسٍ ، أن تَعْتَدَّ فى بَيْتِ ابنِ أُمِّ مَكْتومٍ[4] . على ما سنذكُرُه ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإذا كانت المَبْتُوتةُ حامِلًا ، وَجَبَ لها السُّكْنَى ، رِوَايةً واحدةً . ولا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خِلافًا فيه . / وإن لم تكنْ حاملًا ، ففيها رِوَايتان ؛ إحْداهما ، لا يجبُ لها ذلك . وهو قولُ ابن عباسٍ ، وجابرٍ . وبه قال عَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والحسنُ[5] ، وعمرُو بن مَيْمُون ، وعِكْرِمةُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداودُ . والثانية ، يجبُ لها ذلك ، وهو قولُ ابنِ مسعودٍ ، وابنِ عمرَ ، وعائشةَ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والقاسمِ ، وسالمٍ ، وأبى بكرِ بن عبدِ الرحمنِ ، وخَارِجةَ بن زيدٍ ، وسليمانَ بن يَسَارٍ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾[6] . وقال تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[7] . فأوْجَبَ لهن السكنَى مُطْلَقًا ثم خَصَّ الحامِلَ بالإنفاقِ عليها . ولَنا ، ما رَوَتْ فاطمةُ بنت قَيْسٍ ، أن أبا عمرِو بن حَفْصٍ طَلَّقَها الْبَتَّةَ ، وهو غائِبٌ ، فأرْسَلَ إليها وَكِيلَه بشَعِيرٍ ، فتَسَخَّطَتْه ، فقال : واللهِ ما لَكِ علينا من شىءٍ . فجاءتْ رسولَ الله ﷺ ، فذَكَرَتْ ذلك له ، فقال لها : « لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا سُكْنَى » . فأمَرَها أن تَعْتَدَّ فى بيتِ أُمِّ شَرِيكٍ ، ثم قال : « إنَّ تِلْكَ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا

١٦٤/٨و

---

(٣) فى م : « فيها » .

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ٣٠٧/٦ ، ٥٦٧/٩ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سورة الطلاق ١ .

(٧) الطلاق ٦ .

أصْحَابِى . اعْتَدِّى فِى بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[8] . فإن قيل : فقد أنْكَرَ عليها عمر ، وقال : مَا كُنَّا لِنَدَعَ كِتابَ رَبِّنَا ، وسُنَّةَ نَبِيِّنا ، لقولِ امرأةٍ ، لا نَدْرِى أصَدَقَتْ أم كَذَبَتْ . وقال عروةُ : لقد عابَتْ عائشةُ[8] ذلك أشَدَّ العَيْبِ ، وقالت[9] : إنَّها كانتْ فى مكانٍ وَحْشٍ ، فَخِيفَ على ناحِيَتِها . وقال سعيدُ بن المُسَيَّبِ : تلك امرأةٌ فَتَنَتِ الناسَ ، إنَّها كانت لَسِنَةً ، فوُضِعَتْ على يَدَىِ ابنِ أمِّ مَكْتُومٍ الأعْمَى . قُلْنا : أمَّا مُخَالفةُ الكِتابِ ، فإنَّ فاطمةَ لمَّا أنْكَرُوا عليها ، قالت : بَيْنِى وبينكم كِتابُ اللهِ ، قال تعالى : ﴿ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾[10] . فأىُّ أمْرٍ يَحْدُثُ بعد الثَّلاث ؟ فكيف تَقُولُون : لا نَفَقةَ لها ، إذا لم تكنْ حامِلًا فعَلامَ تَحْبِسُونها ؟ فكيف تُحْبَسُ امرأةٌ بغير نَفَقةٍ ؟ وأمَّا قولهم : إنَّ عمرَ قال : لا نَدَعُ كِتابَ رَبِّنا . فقد أنْكَرَ أحمدُ هذا القولَ عن عمرَ ، قال : ولكنَّه قال : لا نُجِيزُ فى دِينِنا قولَ امرأةٍ . وهذا مُجْمَعٌ على خِلافِه ، وقد أخَذْنا بخبرِ فُرَيْعَةَ ، وهى امرأةٌ ، وبروايةِ عائشةَ وأزْواجِ رسولِ اللهِ ﷺ فى كثيرٍ من الأحْكامِ ، وصار أهلُ العلمِ إلى خبرِ فاطمةَ هذا فى كثيرٍ من الأحكامِ ، / مثل سُقُوطِ نَفَقةِ المَبْتُوتةِ إذا لم تكُنْ حاملًا ، ونَظَرِ المرأةِ إلى الرجالِ ، وخِطْبَةِ الرَّجُلِ على خِطْبةِ أخِيه إذا لم تكُنْ سَكَنَتْ إلى الأوَّلِ . وأمَّا تأْوِيلُ من تأوَّلَ حَدِيثَها ، فليس بشىءٍ ، فإنَّها تُخالِفُهُم فى ذلك ، وهى أعْلَمُ بحالِها ، ولم يَتَّفِق المُتأوِّلُون على شىءٍ ، وقد رُدَّ على من رَدَّ عليها ، فقال مَيْمُونُ بن مهرانَ لسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، لمَّا قال : تلك امرأةٌ فَتَنَتِ الناسَ : لئن كانتْ إنَّما أخَذَتْ بما أفْتاها رسولُ اللهِ ﷺ ما فَتَنَتِ الناسَ ، وإنَّ لَنا فى

٨/١٦٤ظ

---

(٨) قول عائشة أخرجه البخارى ، فى : باب قصة فاطمة بنت قيس ، وباب المطلقة إذا خشى عليها ... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧/٧٥ . ومسلم ، فى : باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/١١١٦ . وأبو داود ، فى : باب من أنكر ذلك على فاطمة بنت قيس ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٣٤ . كما أخرج أبو داود قول عمر رضى الله عنه فى الموضع نفسه .

(٩) فى ا ، م : « وقال » .

(١٠) سورة الطلاق ١ .

رسولِ اللهِ ﷺ أُسْوَةً حَسَنَةً ، مع أنَّها أحْرَمُ الناسِ عليه ، ليس له عليها رَجْعةٌ ، ولا بينهما مِيراثٌ . وقولُ عائشةَ : إنها كانت فى مكانٍ وَحْشٍ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ عَلَّلَ بغيرِ ذلك ، فقال : « يا ابْنَةَ آلِ قَيْسٍ ، إنَّما السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ مَا كَانَ لِزَوْجِكِ عَلَيْكِ الرَّجْعَةُ » . هكذا رَواه الحُمَيْدِىُّ(١١) ، والأثْرَمُ(١٢) . ولأنَّه لو صَحَّ ما قالَتْه عائشةُ أو غيرُها(١٣) من التَّأْويلِ ، ما احْتاجَ عمرُ فى رَدِّه إلى أن يَعْتَذِرَ بأنَّه قولُ امرأةٍ . ثم فاطمةُ صاحِبةُ القِصَّةِ ، وهى أعْرَفُ بنَفْسِها وبحالِها ، وقد أنْكَرَتْ على مَنْ أنْكَرَ عليها ، ورَدَّتْ على من رَدَّ خَبَرَها ، أو تأَوَّلَه بخلافِ ظاهِرِه ، فيجبُ تَقْدِيمُ قَوْلِها ؛ لِمَعْرِفَتِها بنَفْسِها ، ومُوافَقَتِها ظاهِرَ الخبرِ ، كما فى سائرِ ما هذا سَبِيلُه .

فصل : قال أصحابُنا : ولا يتعَيَّنُ المَوْضِعُ الذى تَسْكُنُه فى الطَّلاقِ ، سَواءٌ قُلْنا : لها السُّكْنَى . أو لم نَقُلْ ، بل يتخَيَّرُ الزَّوجُ بين إقْرارِها فى المَوْضِعِ الذى طَلَّقَها فيه ، وبين نَقْلِها إلى مسكنٍ مِثْلِها ، والمُسْتَحَبُّ إقْرارُها ، لقولِه تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ . ولأنَّ فيه خُرُوجًا من الخلافِ ، فإنَّ الذين ذَكَرْنا عنهم أنَّ لها السُّكْنَى ، يَرَوْنَ وُجُوبَ الاعْتِدادِ عليها فى منزلِها ، فإن كانتْ فى بَيْتٍ يَمْلِكُ الزوجُ سُكْناه ، ويَصْلُحُ لِمِثْلِها ، اعْتَدَّتْ فيه ، فإن ضاق عنهما ، انْتَقَلَ عنها وتَرَكَه لها ، لأنَّه يُسْتَحَبُّ سُكْناها فى الموضعِ الذى طَلَّقَها فيه ، وإن اتَّسَعَ الموضعُ لهما ، وفى الدارِ موضعٌ لها مُنْفَرِدٌ ، كالحُجْرةِ أو عُلْوِ الدارِ أو سُفْلِها ، وبينهما بابٌ مُغْلَقٌ ، سَكَنَتْ فيه ، وسكنَ الزَّوْجُ فى الباقِى ، لأنَّهما كالحُجْرَتَيْنِ المُتَجاوِرَتَيْنِ ، وإن لم يكُنْ بينهما بابٌ مُغْلَقٌ ، لكن لها موضعٌ تَتَسَتَّرُ فيه ، بحيث لا يَراها ، ومعها مَحْرَمٌ تَتَحَفَّظُ به ، جاز ؛ لأنَّ مع المَحْرَمِ يُؤْمَنُ الفَسادُ ، ويُكْرَهُ فى الجملةِ ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ النَّظَرُ ، وإن لم يكُنْ معها مَحْرَمٌ ، لم يَجُزْ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ /: « لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ ١٦٥/٨و

---

(١١) فى ب ، م : « الحميد » .

(١٢) وأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣٧٣ ، ٤١٧ .

(١٣) فى ا ، ب : « وغيرها » .

بِامْرَأَةٍ لَيسَتْ لَهُ بِمَحْرَمٍ ؛ فَإِنَّ ثالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ »[١٤] . وإن امْتَنَعَ من إسْكانِها ، وكانت ممَّن لها عليه السُّكْنَى ، أجْبَرَه الحاكمُ ، فإن كان الحاكمُ مَعْدُومًا ، رَجَعَتْ على الزَّوْجِ ، وإن كان الحاكمُ موجودًا ، فهل تَرْجِعُ ؟ على رِوايتَيْنِ . وإن كان الزَّوجُ حَاضِرًا ، ولم يَمْنَعْها من المَسْكنِ ، فاكْتَرَتْ لِنَفْسِها مَوْضِعًا ، أو سَكَنَتْ فى موضعٍ تَمْلِكُه ، لم تَرْجِعْ بالأُجْرةِ ؛ لأنَّها تَبَرَّعَتْ بذلك ، فلم ترجِعْ به على أحدٍ . وإن عَجَزَ الزَّوجُ عن إسْكانِها ؛ لِعُسْرَتِه ، أو غَيْبَتِه ، أو امْتَنَعَ من ذلك مع قُدْرَتِه ، سَكَنَتْ حيثُ شاءتْ . وكذلكَ المُتَوفَّى عنها زَوْجُها ، إذا لم يُسْكِنْها وَرَثَتُه ؛ لأنَّه إنَّما تَلْزَمُها السُّكْنَى فى مَنْزِله لتَحْصِينِ مائِه ، فإذا لم تَفْعَلْ ، لم يَلْزَمْها ذلك .

١٣٦٥ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا خَرَجَتْ إِلَى الْحَجِّ ، فتُوُفِّىَ عَنْهَا**[١] **زَوْجُها ، وَهِىَ بِالْقُرْبِ ، رَجَعَتْ لِتَقْضِىَ الْعِدَّةَ ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ تَبَاعَدَتْ ، مَضَتْ فِى سَفَرِهَا ، فَإِنْ رَجَعَتْ وَقَدْ بَقِىَ عَلَيْهَا**[٢] **مِنْ عِدَّتِها شَىْءٌ ، أَتَتْ بِهِ فِى مَنْزِلِها**)[٣]

وجملتُه أنَّ الْمُعْتَدَّةَ من الوفاةِ ليس لها أن تَخْرُجَ إلى الحَجِّ ، ولا إلى[٤] غيرِه . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والقاسمُ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، والثَّوْرِىُّ . وإن خَرَجَتْ ، فمات زَوْجُها فى الطَّريقِ ، رَجَعَتْ إن كانت قَرِيبةً ؛ لأنَّها فى حُكْمِ الإقامةِ ، وإن تباعَدَتْ ، مَضَتْ فى سَفَرِها . وقال مالكٌ : تُرَدُّ ما لم تُحْرِمْ . والصَّحِيحُ أنَّ البعيدةَ لا تُرَدُّ ؛ لأنَّه يَضُرُّ بها ، وعليها مَشَقَّةٌ ، ولابُدَّ لها[٥] من سَفَرٍ وإن رَجَعَتْ . قال القاضى : يَنْبَغِى أن يُحَدَّ القَرِيبُ

---

(١٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى لزوم الجماعة ، من كتاب الفتن . عارضة الأحوذى ٩/٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٨/١ ، ٢٦ ، ٣٣٩/٣ ، ٤٤٦ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) فى ا ، ب : « منزله » .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) فى الأصل ، ا : « بها » .

بما لا تُقْصَرُ فيه الصَّلاةُ ، والبعيدُ ما تُقْصَرُ فيه ؛ لأنَّ ما لا تُقْصَرُ الصلاةُ فيه أحكامُه أحكامُ الحَضَرِ . وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، إلَّا أنَّه لا يَرَى القَصْرَ إلَّا في مَسِيرَةِ ثلاثةِ أيامٍ . (٦) فقال : متى كان بينَها وبينَ مَسْكَنِها دُون ثلاثةِ أيَّامٍ ، فعليها الرُّجُوعُ إليه ، وإن كان فوق ذلك لَزِمَها المُضِيُّ إلى مَقْصِدِها ، والاعْتدادُ فيه إذا كان بينَها وبينه دُونَ ثلاثةِ أيَّامٍ(٦) ، وإن كان بينَه وبينَها ثلاثةُ أيامٍ ، وفي مَوْضِعِها الذي هي به مَوْضِعٌ يُمْكِنُها الإقامةُ فيه ، لَزِمَها الإقامةُ ، وإن لم يُمْكِنْها الإقامةُ ، مَضَتْ إلى مَقْصِدِها . وقال الشافعيُّ : إن فارَقَتِ البُنْيانَ ، فلها الخيارُ بين الرُّجُوعِ والتَّمامِ ؛ لأنَّها صارت في مَوْضعٍ أَذِنَ لها زَوْجُها فيه ، وهو السَّفَرُ ، فأشْبَهَ ما لو كانت قد بَعُدَتْ . ولَنا ، على وُجُوبِ الرُّجوعِ إذا كانت قَرِيبةً ، ما رَوَى سعيدٌ(٧) ، ثنا جَرِيرٌ ، عن مَنْصُورٍ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ / قال : تُوُفِّيَ أزْوَاجٌ ، نِسَاؤُهُنَّ حاجَّاتٌ أو مُعْتَمِراتٌ ، فرَدَّهُنَّ عمرُ من ذِي الْحُلَيْفةِ ، حتى يَعْتَدِدْنَ (٨في بُيُوتِهِنَّ٨) . ولأنَّه(٩) أمْكَنَها الاعْتِدادُ في مَنزِلِها قبلَ أن يَبْعُدَ سَفَرُها ، فلَزِمَها ، كما لو لم تُفارِقِ البُنْيانَ . وعلى أنَّ البعيدةَ لا يَلْزَمُها الرُّجوعُ ، أنَّ(١٠) عليها مَشَقَّةً ، وتَحْتاجُ إلى سَفَرٍ في رُجُوعِها ، فأشْبَهتْ مَن بَلَغَتْ مَقْصِدَها . وإن اخْتارَتِ البعيدةُ الرُّجوعَ ، فلها ذلك إذا كانتْ تَصِلُ إلى منزلِها قبلَ انقضاءِ عِدَّتِها ، ومتى كان عليها في الرُّجوعِ خَوْفٌ أو ضَرَرٌ ، فلها المُضِيُّ في سَفَرِها ، كما لو أَبْعَدَتْ(١١) . ومتى رَجَعَتْ ،

١٦٥/٨ظ

(٦–٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٧) في : باب المتوفى عنها زوجها أين تعتد ، من كتاب الطلاق . السنن ١/ ٣١٧ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٩١ ، ٥٩٢ . والبيهقي ، في : باب سكنى المتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧/ ٤٣٥ . وعبد الرزاق ، في : باب أين تعتد المتوفى عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/ ٣٣ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في المطلقة لها أن تحج في عدتها من كرهه ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/ ١٨٢ ، ١٨٣ .

(٨–٨) سقط من : ب .

(٩) في ا : « ولأنها » .

(١٠) في م زيادة : « كان » .

(١١) في ا ، م : « بعدت » .

وقد بَقِىَ عليها شئٌ[١٢] من عِدَّتِها ، لَزِمَها أن تَأْتِىَ به فى مَنْزِلِ زَوْجِها ، بلا خلافٍ نعْلمُه بينَهم فى ذلك ؛ لأنَّه أمْكَنَها الاعْتِدادُ فيه ، فلَزِمَها ، كما لو لم تُسافِرْ منه .

فصل : ولو كانتْ عليها حِجَّةُ الإسْلامِ ، فماتَ زَوْجُها ، لَزِمَتْها العِدَّةُ فى مَنْزِلِها وإن فاتَها الحجُّ ؛ لأنَّ العِدَّةَ فى المنزلِ تَفُوتُ ، ولا بَدَلَ لها ، والحجُّ يُمْكِنُ الإتيانُ به فى غيرِ هذا العامِ . وإن مات زَوْجُها بعدَ إحْرامِها بحجِّ الفَرْضِ ، أو بحجٍّ[١٣] أَذِنَ لها زَوْجُها فيه ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان وَقْتُ الحجِّ مُتَّسِعًا ، لا تخافُ فوتَه ، ولا فوتَ الرُّفْقةِ ، لَزِمَها الاعْتِدادُ فى منزِلِها ؛ لأنَّه أمْكَنَ الجمعُ بين الحَقَّيْنِ ، فلم يَجُزْ إسقاطُ أحَدِهما ، وإن خَشِيَتْ فَواتَ الحجِّ ، لَزِمَها المُضِىُّ فيه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزَمُها المُقامُ وإن فاتَها الحجُّ ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ ، فلم يَجُزْ لها أن تُنْشِئَ سَفَرًا ، كما لو أحْرَمَتْ بعدَ وُجوبِ العِدَّةِ عليها . ولَنا ، أنَّهما عِبادَتانِ اسْتَوَيا فى الوُجوبِ ، وضِيقِ الوَقْتِ ، فوَجَبَ تَقْديمُ الأسْبَقِ منهما ، كما لو كانت العِدَّةُ أسْبَقَ ، ولأنَّ الحجَّ آكَدُ ؛ لأنَّه أحَدُ أركانِ الإسْلامِ ، والمَشَقَّةُ بتَفْويتِه تَعْظُمُ ، فوَجَبَ تَقْديمُه ، كما لو مات زوجُها بعدَ أن بَعُدَ سَفَرُها إليه . وإن أحْرَمَتْ بالحجِّ بعدَ مَوْتِ زوجِها ، وخَشِيَتْ فَواتَه ، احْتَمَلَ أن يجوزَ لها المُضِىُّ إليه ؛ لما فى بقائِها فى الإحْرامِ من المَشَقَّةِ ، واحْتَمَلَ أن يَلْزَمَها الاعْتِدادُ فى منزِلِها ؛ لأنَّ العِدَّةَ أسْبَقُ ، ولأنَّها فرَّطَتْ وغَلَّظَتْ على نَفْسِها ، فإذا قَضَتِ العِدَّةَ ، وأمْكَنها السَّفَرُ إلى الحجِّ ، لَزِمَها ذلك ، فإن أدْرَكَتْه ، وإلَّا تحَلَّلَتْ بعملِ عُمْرةٍ ، وحكْمُها فى القضاءِ حُكْمُ مَنْ فاتَه الحجُّ . وإن لم يُمْكِنْها السَّفَرُ ، فحُكْمُها حكمُ المُحْصَرِ[١٤] ، كالتى يَمْنَعُها زَوْجُها من السَّفَرِ . وحكمُ الإحْرامِ بالعُمْرةِ كذلك ، إذا خِيفَ فواتُ الرُّفْقةِ أو لم يُخَفْ .

فصل : وإذا أُذِنَ لها زوجُها / للسَّفَرِ لغيرِ النُّقْلةِ ، فخَرَجَتْ ، ثم مات زوجُها ، ٨/١٦٦و

---

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) فى الأصل : « حج » .

(١٤) فى ب ، م : « المحسر » تحريف .

فالحُكْمُ فى ذلك كالحُكْمِ فى سَفَرِ الحجِّ ، على ما ذكَرْنا من التَّفْصيلِ . وإذا مَضَتْ إلى مَقْصِدِها ، فلها الإقامةُ حتى تَقْضِىَ ما خَرَجَتْ إليه ، وتَنْقَضِىَ حاجَتُها من تِجارةٍ أو غيرِها . وإن كان خُرُوجُها لنُزْهةٍ أو زِيارةٍ ، أو لم[15] يكُنْ قَدَّرَ لها مُدَّةً ، فإنَّها تُقِيمُ إقامةَ المُسافرِ ثلاثًا ، وإن كان[16] قَدّرَ لها مُدّةً ، فلها إقامَتُها ؛ لأنَّ سَفَرَها بحُكْمِ إذْنِه ، فكان لها إقامةُ ما أَذِنَ لها فيه ، فإذا مَضَتْ مُدَّتُها ، أو قَضَتْ حاجَتَها ، ولم يُمْكِنْها الرُّجوعُ ؛ لخَوْفٍ أو غيرِه ، أتَمَّتِ العِدَّةَ فى مكانِها ، وإن أمْكنها الرُّجوعُ ، لكن لا يُمْكِنُها الوُصولُ إلى منزِلها حتى تَنْقَضِىَ عِدّتُها ، لَزِمَتْها الإقامةُ فى مكانِها ؛ لأنَّ الاعْتدادَ وهى مُقِيمةٌ أَوْلَى من الإتْيانِ بها فى السفرِ . وإن كانت تَصِلُ وقد بَقِىَ من عِدَّتِها شىءٌ ، لَزِمَها العَوْدُ ؛ لتأْتِىَ بالعِدَّةِ فى مكانِها .

فصل : وإن أَذِنَ الزَّوجُ لها فى الانْتِقالِ إلى دارٍ أُخْرَى ، أو بلدٍ آخَرَ ، فمات قبلَ انْتقالِها ، لَزِمَها الاعْتِدادُ فى الدَّارِ التى هى بها ؛ لأنَّها بَيْتُها ، وسواءٌ مات قبلَ نَقْلِ مَتاعِها أو بعدَه ؛ لأنَّها مَسْكَنُها ، ما[17] لم تَنْتَقِلْ عنه . وإن مات بعدَ انْتقالِها إلى الثانيةِ ، اعْتَدَّتْ فيها ؛ لأنَّها مَسْكَنُها ، وسواءٌ كانتْ قد نَقَلَتْ مَتاعَها ، أو لم تَنْقُلْه . وإن مات وهى بينهما ، فهى مُخَيَّرةٌ ؛ لأنَّها لا مَسْكَنَ لها منهما ، فإنَّ الأُولَى قد خَرَجَتْ عنها مُنْتَقِلةً ، فخَرَجَتْ عن كَوْنِها مَسْكنًا لها ، والثانية لم تَسْكُنْ بها ، فهما سَواءٌ . وقيل : يَلْزَمُها الاعْتدادُ فى الثانيةِ ؛ لأنَّها المسكنُ الذى أَذِنَ لها زوجُها فى السُّكْنَى به . وهذا يُمْكنُ فى الدارَيْنِ ، فأمَّا إذا كانا بَلَدينِ ، لم يَلْزَمْها الانْتِقالُ إلى البلدِ الثانى بحالٍ ؛ لأنَّها إنَّما كانت تَنْتقِلُ لغَرَضِ زَوْجِها فى صُحْبَتِها إيَّاه ، وإقامَتِها معه ، فلو أَلْزَمْناها ذلك بعدَ مَوْتِه ، لَكَلَّفْناها السَّفَرَ الشاقَّ ، والتَّغَرُّبَ عن وَطَنِها وأهْلِها ، والمُقامَ مع غيرِ مَحْرَمِها ، والمُخاطرةَ بنَفْسِها ، مع فواتِ الغَرَضِ ، وظاهرُ حالِ الزَّوجِ أنَّه لو عَلِمَ أنَّه يَموتُ ، لَما

---

(15) فى ا : « ولم » .

(16) سقط من : م .

(17) سقط من : الأصل .

نَقلَها ، فصارت الحياةُ مَشْرُوطةً فى النُّقْلةِ . فأمَّا إن انتقلَتْ إلى الثانيةِ ، ثم عادتْ إلى الأُولَى لِنَقْلِ مَتاعِها ، فمات زَوْجُها وهى بها ، فعليها الرُّجوعُ إلى الثانيةِ ؛ لأنَّها صارتْ مَسْكَنَها بانْتِقالِها إليها ، وإنَّما عادتْ إلى الأُولَى لحاجةٍ ، والاعْتبار بمَسْكَنِها دُونَ مَوْضِعِها . وإن مات وهى فى الثانية ، فقالتْ : / أَذِنَ لى زَوْجى فى السُّكْنَى بهذا المكانِ . وأنْكَرَ ذلك الورثةُ ، أو قالتْ : إنَّما أَذِنَ لى زَوْجى فى الْمَجِىءِ إليه ، لا فى الإقامةِ به . وأنكرَ ذلك الورثةُ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّها أعْرَفُ بذلك منهم . وكلُّ مَوْضعٍ قُلْنا : يَلْزَمُها السفرُ عن بَلَدِها . فهو مَشْروطٌ بوُجُودِ مَحْرَمِها مُسافِرًا معها ، والأَمْنِ على نَفْسِها ؛ لقولِ رسولِ الله ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ باللهِ والْيَوْمِ الْآخِرِ ، أنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ ولَيْلَةٍ ، إلَّا مَعَ ذِى مَحْرَمٍ مِنْ أَهْلِهَا »[18] . أو كما قال .

١٦٦/٨ ظ

١٣٦٦ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَهُوَ ناءٍ عَنْهَا ، فَعِدَّتُهَا مِنْ يَوْمِ مَاتَ أو طَلَّقَ ، إذَا صَحَّ ذٰلِكَ عِنْدَهَا ، وإنْ لَمْ تَجْتَنِبْ مَا تَجْتَنِبُه المُعْتَدَّةُ)

هذا[1] المشهورُ فى المذهب ، وأنَّه متى مات زَوْجُها أو طَلَّقَها ، فعدَّتُها من يومِ مَوْته وطَلَاقِه . قال أبو بكر : لا خِلافَ عن أبى عبدِ الله أعْلَمُه ، أنَّ العِدَّةَ تَجبُ من حينِ المَوْتِ والطلاقِ ، إلَّا ما رواه إسحاقُ بن إبراهيمَ . وهذا قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، وابن مسعودٍ ، ومَسْرُوقٍ ، وعَطاءٍ ، وجابرِ بن زيدٍ ، وابنِ سِيرِينَ ، ومُجاهِدٍ ، وسعيدِ بن جُبَيْرٍ ، وعِكْرِمةَ ، وطَاوُسٍ ، وسليمانَ بن يَسَارٍ ، وأبى قِلَابةَ ، وأبى الْعالِيَةِ ، والنَّخَعِىِّ ، ونافعٍ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ : إن قامَتْ بذلك بَيِّنَةٌ ، فكما ذكَرْنا[2] . وإلَّا فعدّتُها من

---

(١٨) تقدم تخريجه فى : ١٠٩/٣ .

(١) فى ا زيادة : « هو » .

(٢) فى ا ، م : « ذكره » .

يوم يأْتِيها الخَبَرُ . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وعمرَ بن عبد العزيز . ويُرْوَى عن علىٍّ ، والحسنِ ، وقَتادةَ ، وعَطاءٍ الخُراسانىِّ ، وخِلَاسِ بن عمرٍو ، أنَّ عِدَّتَها من يوم يأْتِيها الخبرُ ؛ لأنَّ العِدَّةَ اجْتِنابُ أشياءَ ، وما[3] اجْتَنَبَتْها . ولَنا ، أنَّها لو كانت حاملًا ، فوَضَعَتْ حَمْلَها غيرَ عالمةٍ بفُرْقةِ زَوْجِها ، لَانْقَضَتْ عِدّتُها ، فكذلك سائرُ أنواعِ العِدَدِ ، ولأنَّه زمانٌ عَقِيبَ الموتِ أو الطَّلاقِ ، فوَجَبَ أن تَعْتَدَّ به ، كما لو كان حاضِرًا ، ولأنَّ القَصْدَ غيرُ مُعْتَبَرٍ فى العِدَّةِ ، بدليلِ أنَّ الصَّغيرةَ والمَجْنونةَ تَنْقَضِى عِدّتُهما من غيرِ قَصْدٍ ، ولم يُعْدَمْ هٰهُنا إلَّا[4] القَصْدُ ، وسواءٌ فى هذا اجْتَنَبَتْ ما تَجْتَنِبُه المُعْتَدَّاتُ ، أو لم تَجْتَنِبْه ، فإنَّ الإِحْدادَ الواجبَ ليس بشَرْطٍ فى العِدَّةِ ، فلو تَرَكَتْه قَصْدًا ، أو عن غيرِ قَصْدٍ ، لَانْقَضَتْ عِدّتُها ، فإنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[5] . وقال : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ / ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾[6] . وقال : ﴿ وَأُوْلَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[6] . وفى اشْتِراطِ الإِحْدادِ مُخالَفَةُ هذه النُّصُوصِ ، فوَجَبَ أن لا يُشْتَرَطَ .

١٦٧/٨و

(٣) سقطت « ما » من الأصل .

(٤) فى الأصل : « غير » .

(٥) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٦) سورة الطلاق ٤ .

كتاب الرَّضاع

الأصلُ فى التحريمِ بالرَّضاعِ الكتابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾[1] . ذكرهم[2] اللهُ سبحانه فى جُمْلَةِ المُحَرَّماتِ . وأمَّا السُّنَّةُ ، فما روَت عائشةُ ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال : « إنَّ الرَّضاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الوِلَادَةُ » . مُتَّفقٌ عليه[3] . وفى لفظٍ : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . روَاه النَّسائِيُّ[3] . وعن ابنِ عباسٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ فى بِنْتِ حَمْزَةَ : « لَا تَحِلُّ لِى ، يَحْرُمُ مِنَ الرَّضاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ ، وَهِىَ ابْنَةُ أَخِى مِنَ الرَّضَاعةِ » . مُتَّفقٌ عليه[3] . فى أخبارٍ كثيرة ، نَذْكُر أكْثَرَها إن شاء الله تعالى فى تَضاعِيفِ الباب . وأجْمعَ عُلماءُ الأُمَّةِ على التَّحْريمِ بالرَّضَاعِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ تَحْرِيمَ الأُمِّ والأُختِ ثَبَتَ بنصِّ الكتابِ ، وتَحْريمَ البِنْتِ ثَبَتَ بالتَّنْبيه ، فإنَّه إذا حُرِّمَتِ الأُختُ فالبِنْتُ أوْلَى ، وسائِرُ المُحَرَّماتِ ثَبَتَ تَحْرِيمُهُنَّ بالسُّنَّةِ . وتَثْبُتُ المَحْرَمِيَّةُ ، لأنَّها فَرْعٌ على التَّحْرِيمِ إذا كان بِسَبَبٍ مُباحٍ ، فأمَّا بَقِيَّةُ أحْكامِ النَّسَبِ ؛ من النفقةِ ، والعِتْقِ ، ورَدِّ الشهادةِ ، وغيرِ ذلك ، فلا يتَعلَّقُ به ؛ لأنَّ النَّسَبَ أقْوَى منه ، فلا يُقاسُ عليه فى جميعِ أحْكامِه ، وإنَّما يُشَبَّه به فيما نصَّ عليه فيه .

١٣٦٧ – مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (والرَّضاعُ الَّذِى لَا يُشَكُّ فِى تَحْرِيمِه ، أنْ يَكُونَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ فَصَاعِدًا)

---

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) فى ا ، ب ، م : « ذكرها » .

(٣) تقدم التخريج ، فى : ٩/٥١٣ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ .

فى هذه المسألة مسألتان :

إحداهما ، أنَّ الذى يتعلَّقُ به التَّحْرِيمُ خَمْسُ رَضْعاتٍ فصاعدًا . هذا الصَّحِيحُ فى المذهبِ . ورُوِىَ هذا عن عائشةَ ، وابنِ مسعودٍ ، وابن الزُّبَيرِ ، وعطاءٍ ، وطاوسٍ . وهو قولُ الشافعيِّ . وعن أحمدَ روايةٌ ثانية[1] ، أنَّ قَلِيلَ الرَّضاعِ وكثيرَه يُحَرِّمُ . ورُوِىَ[2] ذلك عن عليٍّ ، وابن عباسٍ . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، ومَكْحُولٌ ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتادةُ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، ومالكٌ ، والأَوْزاعيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، واللَّيْثُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وزَعَمَ / اللَّيْثُ أنَّ المسلمينَ أجْمَعُوا على أنَّ قَلِيلَ الرَّضاعِ وكثيرَه يُحَرِّمُ فى المَهْدِ ما يُفْطِرُ به الصائِمُ . واحْتَجُّوا بقولِ الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَـٰعَةِ ﴾[3] . وقولِه عليه السلام : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعةِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . وعن عُقْبةَ بن الحارثِ ، أنَّه تَزَوَّجَ أُمَّ يَحْيَى بنتَ أبى إهَابٍ ، فجاءتْ أَمَةٌ سَوْدَاءُ ، فقالتْ : قد أَرْضَعْتُكُما . فذكَرْتُ ذلك للنَّبِىِّ ﷺ ، فقال : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمَتْ أنْ قَدْ أَرْضَعَتْكُما ! » . مُتَّفَقٌ عليه[4] . [5]ولأن ذلك[5] فِعْلٌ يتعلَّقُ به تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ ، فلم يُعْتَبَرْ فيه العَدَدُ ، كتَحْرِيمِ أُمَّهاتِ النِّساءِ ، ولا يَلْزَمُ اللِّعانُ ؛ لأنَّه قولٌ . والرِّواية الثالثة[6] ، لا يَثْبُتُ التحريمُ إلَّا بثلاثِ رَضَعاتٍ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ،

١٦٧/٨ ظ

---

(١) فى ا : « أخرى » .

(٢) فى ب : « ويروى » .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفى : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣/ ٧٠ ، ٧/ ١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ، من كتاب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥/ ٩٤ . والنسائى ، فى : باب الشهادة فى الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٩٠ . والدارمى ، فى : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٨ ، ١٥٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٧ ، ٨ ، ٣٨٤ .

وقد ذكر المؤلف أنه متفق عليه ، ولكن عقبة بن الحارث من أفراد البخارى ، ولم يخرج له مسلم . انظر : الجمع بين رجال الصحيحين ١/ ٣٨١ ، والإرواء ٧/ ٢٢٥ .

(٥ - ٥) فى ا ، ب : « ولأنه » .

(٦) فى : الأصل ، م : « الثانية » .

وداودُ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ ولا الْمَصَّتَانِ » . وعن أُمِّ الفَضْلِ بنت الحارثِ ، قالتْ : قال نَبِيُّ اللهِ ﷺ : « لَا تُحَرِّمُ الْإِمْلَاجَةُ[7] وَلَا الْإِمْلَاجَتَانِ » . روَاهما مسلمٌ[8] . ولأنَّ ما يُعْتَبَرُ فيه العَدَدُ والتَّكْرارُ ، يعتبرُ فيه الثلاثُ . ورُوِيَ عن حَفْصةَ : لا يُحَرِّمُ دون عَشْرِ رَضَعاتٍ[9] . ورُوِيَ ذلك عن عائشةَ[10] ؛ لأنَّ عُرْوةَ رَوَى فى حديثِ سَهْلَةَ بنت سُهَيْلٍ : فقال لها رسولُ الله ﷺ فيما بَلَغَنا : « أَرْضِعِيهِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ ، فيُحَرَّمُ بلَبَنِهَا » . ووَجْهُ[11] الأُولَى ، ما رُوِيَ عن عائشةَ ، أنَّها قالتْ : أُنْزِلَ فى القرآن « عَشْرُ رَضعاتٍ مَعْلُوماتٍ يُحَرِّمْنَ »[12] . فنُسِخَ من ذلك خَمْسٌ ، وصار إلى خَمْسِ رضعاتٍ مَعْلُوماتٍ يُحَرِّمْن ، فتُوُفِّيَ رسولُ الله ﷺ والأَمْرُ على ذلك . رواه مسلمٌ[13] .

---

(7) الإملاجة : المصة .

(8) فى : باب فى المصة والمصتان ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم 2/1073 – 1075 . كما أخرجهما النسائى ، فى : باب القدر الذى يحرم من الرضاعة ، من كتاب النكاح . المجتبى 6/83 . والدارمى ، فى : باب كم رضعة تحرم ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى 2/157 .

وأخرج الأول أبو داود ، فى : باب هل يحرم ما دون خمس رضعات ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 1/476 . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان ، من كتاب الرضاع . عارضة الأحوذى 5/90 – 92 . وابن ماجه ، فى : باب لا تحرم المصة ولا المصتان ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1/624 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4/4 ، 5 ، 6/31 ، 96 ، 216 ، 247 .

وأخرج الثانى الإمام أحمد ، فى : المسند 6/339 ، 340 .

(9) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات ، من كتاب الرضاع . السنن الكبرى 7/457 . وعبد الرزاق ، فى : باب القليل من الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف 7/470 .

(10) لم نجده بهذا اللفظ : « عشر رضعات » . وانظر ما يأتى من تخريج حديث عائشة عند الإمام مالك .

(11) فى الأصل ، ب ، م : « وجه » .

(12) سقط من : ب .

(13) فى : باب التحريم بخمس رضعات ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم 2/1075 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب هل تحرم ما دون خمس رضعات ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 1/476 . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان ، من كتاب الرضاع . عارضة الأحوذى 5/92 . وابن ماجه ، فى : باب لا تحرم المصة ولا المصتان ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1/625 . والدارمى ، فى : باب كم رضعة تحرم ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى 2/157 . والإمام مالك ، فى : باب جامع ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان ، من كتاب الرضاع . الموطأ 2/608 .

وروى مالكٌ[١٤] ، [١٥]عن الزُّهْرِىِّ[١٥] ، عن عُرْوَةَ ، عن عائشةَ ، عن سَهْلَـةَ بنت سُهَيْلٍ : « أرْضِعِى سَالِمًا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَيَحْرُمُ بلَبَنِها » . والآيةُ فَسَّرَتْها السُّنَّةُ ، وبَيَّنَتِ الرَّضاعةَ المُحَرِّمَةَ ، وصَرِيحُ ما رَوَيْناه يَخُصُّ مَفْهُومَ ما رَوَوْهُ ، فنَجْمَعُ بين الأخْبارِ ، ونَحْمِلُها على الصَّرِيحِ الذى رَوَيْناه .

فصل : وإذا وَقَعَ الشَّكُّ فى وُجُودِ الرَّضاعِ ، أو فى عَدَدِ الرَّضاعِ المُحَرِّمِ ، هل كَمَلَا أو لا ؟ لم يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُه ، فلا نَزُولُ عن اليَقِينِ بالشَّكِّ ، كما لو شَكَّ فى وُجُودِ الطَّلاقِ أو عَدَدِه[١٦] .

المسألة الثانية : أن تكونَ الرَّضَعاتُ مُتَفَرِّقاتٍ . وبهذا قال الشافعىُّ . والمَرْجِعُ فى مَعْرِفةِ / الرَّضعةِ إلى العُرْفِ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بها مُطْلَقًا ، ولم يَحُدَّها بزَمَنٍ ولا مِقْدارٍ ، فدَلَّ ذلك على أنَّه رَدَّهُم إلى العُرْفِ ، فإذا ارْتَضَعَ الصَّبِىُّ ، وقَطَعَ قَطْعًا بَيِّنًا باخْتِيارِه ، كان ذلك رَضْعةً ، فإذا عاد ، كانت رَضْعةً أُخْرَى . فأمَّا إن قَطَعَ لضِيقِ نَفَسٍ ، أو للانْتِقالِ من ثَدْيٍ إلى ثَدْيٍ ، أو لشيءٍ يُلْهِيه ، أو قَطَعَتْ عليه المُرْضِعةُ ، نَظَرْنا ؛ فإن لم يَعُدْ قَرِيبًا فهى رَضْعةٌ ، وإن عاد فى الحالِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، أنَّ الأُولَى رَضْعةٌ ، فإذا عاد فهى رَضْعَةٌ أُخْرَى . وهذا اخْتيارُ أبى بكرٍ ، وظاهرُ كلامِ أحمدَ فى روايةِ حَنْبلٍ ؛ فإنه قال : أما تَرَى الصَّبِىَّ يَرْتَضِعُ من الثَّدْيِ ، فإذا أدْرَكه النَّفَسُ أمْسَكَ عن الثَّدْيِ ليَتَنَفَّسَ أو يَسْتَرِيحَ ، فإذا فعل ذلك فهى رَضْعةٌ . وذلك لأنَّ الأُولَى رَضْعةٌ لو لم يَعُدْ ، فكانت رَضْعةً وإن عاد ، كما لو قَطَعَ باخْتِيارِه . والوَجْهُ الآخرُ ، أنَّ جَمِيعَ ذلك رَضْعةٌ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ، إلَّا فيما إذا قَطَعَتْ عليه المُرْضِعةُ ، ففيه وَجْهان ؛ لأنَّه لو حَلَفَ : لا أكَلْتُ اليومَ إلَّا أكْلَةً واحدةً . فاسْتَدامَ الأكْلَ زَمَنًا ، أو قطع لشُرْبِ ماءٍ[١٧] أو انْتِقالٍ

١٦٨/٨و

---

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٤٩٢/٩ .

(١٥-١٥) فى ا ، م : « والزهرى » .

(١٦) فى الأصل ، م : « وعدده » .

(١٧) فى ب ، م : « الماء » .

من لَوْنٍ إلى لَوْنٍ ، أو انتظارٍ لما يُحْمَلُ إليه من الطَّعامِ ، لم يُعَدَّ إلَّا أكْلةً واحدةً ، فكذا هٰهُنا . والأوّلُ أوْلَى[18] ؛ لأنَّ اليَسِيرَ من السَّعُوطِ والوَجُورِ رَضْعةٌ ، فكذا هذا[19] .

١٣٦٨ – مسألة ؛ قال : (وَالسَّعُوطُ كَالرَّضَاعِ ، وَكَذٰلِكَ الْوَجُورُ)

معنى السَّعُوطِ : أن يُصَبَّ اللَّبَنُ فى أنفِه من إناءٍ أو غيرِه . والوَجُورُ : أن يُصَبَّ فى حَلْقِه صبًّا من[1] غيرِ الثَّدْيِ . واخْتلَفتِ الرِّوايةُ فى التَّحْريمِ بهما ، فأصَحُّ الرِّوايتَيْنِ أنَّ التَّحْريمَ يَثْبُتُ بذلك ، كما يثبتُ بالرَّضاعِ . وهو قولُ الشَّعْبىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . وبه قال مالكٌ فى الوَجُورِ . والثانية ، لا يَثْبُتُ بهما التحريمُ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ ، ومذهبُ داودَ ، وقولُ عَطاءٍ الخُراسانىِّ فى السَّعُوطِ ؛ لأنَّ هذا ليس برَضاعٍ ، وإنَّما حَرَّمَ اللهُ تعالى ورسولُه بالرَّضاعِ ، ولأنَّه حَصَلَ من غير ارْتِضاعٍ ، فأشْبَهَ ما لو دَخَلَ من جُرْحٍ فى بَدَنِه . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ مسعودٍ ، عن النَّبىِّ ﷺ : «لَا رَضَاعَ إلَّا مَا أَنْشَزَ الْعَظْمَ ، وأَنْبَتَ اللَّحْمَ» . رواه أبو داودَ[2] . ولأنَّ هذا يَصِلُ به اللَّبَنُ إلى حيث يَصِلُ بالارْتِضاعِ ، [3]ويَحْصُلُ به من إنْباتِ اللَّحْمِ وإنْشازِ العَظْمِ ما يَحْصُلُ من الارْتِضاعِ[3] ، فيَجِبُ أن يُساوِيَه فى التَّحْرِيمِ ، / والأنفُ سَبِيلٌ [4] لِفطْرِ الصائِمِ[4] . فكان سَبِيلًا للتَّحْرِيمِ ، كالرَّضاعِ بالفَمِ . ٨/١٦٨ظ

فصل : وإنَّما يُحَرِّمُ من ذلك مثلُ الذى يُحَرِّمُ بالرَّضاعِ ، وهو خَمْسٌ فى الرِّوايةِ المشهورة ، فإنَّه فَرْعٌ على الرَّضاعِ ، فيَأْخُذُ حُكْمَه ، فإن ارْتَضَعَ وكَمَّلَ الخَمْسَ بسَعُوطٍ

---

(١٨) فى م : « أصح » .
(١٩) فى ب : « هاهنا » .
(١) سقط من : ب .
(٢) فى : باب فى رضاعة الكبير ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٧٥ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/٤٣٢ .
(٣–٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(٤–٤) فى م : « الفطر للصائم » .

أو وَجُورٍ ، أو أُسْعِطَ[٥] أو أُوجِرَ[٦] ، وكَمَّلَ الخَمْسَ برَضاعٍ ، ثَبَتَ التَّحْرِيمُ ، لأنَّا جعلْناه كالرَّضَاعِ فى أصْلِ التَّحْرِيمِ ، فكذلك فى إكْمالِ العَدَدِ ، ولو حَلَبَتْ فى إناءٍ دَفْعةً واحدةً ، ثم سَقَتْه غُلامًا فى خَمْسةِ أوْقاتٍ ، فهو خَمْسُ رَضَعاتٍ ، فإنَّه لو أكَلَ من طعامٍ خَمْسَ دَفَعاتٍ[٧] مُتفرِّقاتٍ ، لكان قد أكَلَ خَمْسَ أكَلاتٍ . وإن حَلَبَتْ فى إناءٍ خَمْسَ[٨] حَلباتٍ فى خَمْسةِ أوْقاتٍ ، ثم سُقِيَهُ دَفْعةً واحدةً ، كان[٩] رَضْعةً واحِدةً ، كما لو جُعِلَ الطَّعامُ فى إناءٍ واحِدٍ فى خمسةِ أوْقاتٍ ، ثم أكَلَه دَفْعةً واحدةً ، كان أكْلةً واحدةً . وحُكِىَ عن الشافعىِّ قولٌ فى الصُّورتَيْنِ عكسُ ما قُلْنا[١٠] اعْتبارًا [١١]لخُرُوجِه منها ؛ لأنَّ الاعْتبارَ[١١] بالإرْضاعِ[١٢] ، والوَجُورُ فَرْعُه . ولَنا ، أنَّ الاعتبارَ بِشُرْبِ الصَّبِىِّ له ؛ لأنَّه المُحَرِّمُ ، ولهذا ثَبَتَ التَّحْرِيمُ به من غيرِ رَضاعٍ ، ولو ارْتَضَعَ بحيثُ يَصِلُ إلى فِيهِ ، ثم مَجَّهُ ، لم يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ ، فكان الاعْتبارُ به ، وما وُجِدَ منه إلَّا دَفْعةً واحدةً ، فكان رَضْعةً واحدةً ، وإن سَقَتْه فى أوقاتٍ ، فقد وُجِدَ فى خَمْسةِ أوقاتٍ ، فكان خَمْسَ رَضَعاتٍ ، فأمَّا إن سَقَتْه اللَّبَنَ المجموعَ جَرْعةً بعدَ جَرْعةٍ مُتَتابعة ، فظاهِرُ قولِ[١٣] الخِرَقِىِّ أنَّه رَضْعةٌ واحدةٌ ؛ لِاعْتِبارِهِ خَمْسَ رَضَعاتٍ مُتَفرِّقاتٍ ، ولأنَّ المَرْجِعَ فى الرَّضْعةِ إلى العُرْفِ ، وهم لا يَعُدُّونَ هذا رَضَعَاتٍ ، فأشْبَهَ ما لو أكَلَ الآكِلُ الطعامَ لُقْمةً بعد لُقْمةٍ ، فإنَّه لا يُعَدُّ أكَلَات . ويَحْتَمِلُ أن يُخرَّجَ على ما إذا قَطَعَتْ عليه المُرْضِعةُ الرَّضاعَ ، على ما قَدَّمْنا .

فصل : وإن عَمِلَ اللَّبَنَ جُبْنًا ثم أطْعَمَه الصَّبِىَّ ، ثَبَتَ به التَّحْرِيمُ . وبهذا قال

---

(٥) فى م : « استعط » .
(٦) فى الأصل : « ووجر » .
(٧) فى م : « أكلات » .
(٨) سقط من : م .
(٩) فى ب زيادة : « أكله » .
(١٠) فى ا : « قلناه » .
(١١ – ١١) سقط من : م .
(١٢) فى م : « بالرضاع » .
(١٣) فى الأصل : « كلام » .

الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يُحَرِّمُ به؛ لزوالِ الاسمِ . وكذلك على الرِّوايةِ التى تقولُ : لا يثبتُ التَّحْريمُ بالوَجُورِ . لا يَثْبُتُ هٰهُنا بَطَرِيقِ الأَوْلَى . ولَنا[١٤] ، أنَّه واصِلٌ من الحَلْقِ ، يَحْصُلُ به إنْباتُ اللَّحْمِ وإنْشازُ العَظْمِ ، فحَصَلَ به التَّحْرِيمُ ، كما لو شَرِبَه .

فصل : فأمَّا الحُقْنَةُ ، فقال أبو الخَطَّابِ : المَنْصُوصُ عن أحمدَ ؛ أنَّها لا تُحَرِّمُ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ . وقال ابنُ حامدٍ ، وابنُ أبى مُوسَى : تُحَرِّمُ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ / لأنَّه سَبِيلٌ يَحْصُلُ بالواصلِ منه الفِطْرُ ، فتَعَلَّقَ به التَّحْرِيمُ ، كالرَّضاعِ . ولَنا ، أنَّ هذا ليس برَضاعٍ ، ولا يَحْصُلُ به التَّغَذِّى ، فلم ينْشُرِ الحُرْمَةَ ، كما لو قَطَّرَ فى إحْلِيلِه ، ولأنَّه ليس برَضاعٍ ، ولا فى مَعْناه ، فلم يَجُزْ إثْباتُ حُكْمِه فيه ، ويُفارِقُ فِطْرَ الصائمِ ، فإنَّه لا يُعْتَبَرُ فيه إنْباتُ اللَّحْمِ ، ولا إنْشازُ العَظْمِ ، وهذا لا يُحَرِّمُ فيه إلَّا ما أَنْبَتَ اللَّحمَ وأنْشزَ العَظْمَ ، ولأنَّه وَصَلَ اللَّبَنُ إلى الباطِنِ من غيرِ الحَلْقِ ، أشْبَهَ ما لو وَصَلَ من جُرْحٍ .

٨/١٦٩و

١٣٦٩ – مسألة ؛ قال : (واللَّبَنُ الْمَشُوبُ كَالمَحْضِ)

المَشُوبُ : المُخْتَلِطُ بغيرِه . والمَحْضُ : الخالِصُ الذى لا يُخالِطُه سِوَاه . وسَوَّى الخِرَقىُّ بينهما ، سَواءٌ شِيبَ بطَعامٍ أو شَرابٍ أو غيرِه[١] . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو بكرٍ:قياسُ قولِ أحمدَ ، أنَّه لا يُحَرِّمُ ؛ لأنَّه وَجُورٌ . وحُكِىَ عن ابنِ حامدٍ [٢]أنَّه قال :[٢] إن كان الغالبُ اللَّبَنَ حَرَّمَ ، وإلَّا فلا . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ، والمُزَنِىِّ ؛ لأنَّ الحُكْمَ للأَغْلَبِ ، ولأنَّه يَزُولُ بذلك الاسمُ والمَعْنَى المُرَادُ به . ونحوُ هذا قولُ أصحابِ الرَّأْىِ ، وزادُوا ، فقالوا : إن كانت النارُ قد مَسَّتِ اللَّبَنَ حتى أنْضَجَتِ الطعامَ ، أو حتى تغَيَّرَ ، فليس برَضاعٍ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ اللَّبَنَ متى كان ظاهِرًا ، فقد حَصَلَ شُرْبُه ، ويَحْصُلُ

---

(١٤) فى ب : « قلنا » .

(١) فى الأصل : « بغيره » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل ، ب .

منه إنْباتُ اللَّحْمِ وإنْشازُ العَظْمِ ، فحَرَّمَ ، كما لو كان غالِبًا ، وهذا فيما إذا كانت صِفاتُ اللَّبَنِ باقِيَةً ، فأمَّا إن صُبَّ فى ماءٍ كثيرٍ لم يتغَيَّرْ به ، لم يَثْبُتْ به التَّحْريمُ ؛ لأنَّ هذا ليس بلَبَنٍ مَشُوبٍ ، ولا يَحْصُلُ به التَّغَذِّى ، ولا إنْباتُ اللَّحْمِ ولا إنشازُ العَظْمِ . وحُكِىَ عن القاضى ، أنَّ التَّحْريمَ يَثْبُتُ به . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ أجْزاءَ اللَّبنِ حَصَلَتْ فى بَطْنِه[3] ، فأشْبَهَ ما لو كان لَوْنُه ظاهِرًا . ولَنا ، أنَّ هذا ليس برَضاعٍ ، ولا فى مَعْناه ، فوَجَبَ أن لا يَثْبُتَ حُكْمُه فيه .

فصل : وإن حُلِبَ من نِسْوَةٍ ، وسُقِيَهُ الصَّبِىّ ، فهو كما لو ارْتَضَعَ من كلِّ واحدةٍ منهنَّ ؛ لأنَّه لو شِيبَ بماءٍ أو عَسَلٍ ، لم يَخْرُجْ عن كَوْنِه رَضاعًا مُحَرِّمًا ، فكذلك إذا شِيبَ بلَبَنٍ آخَرَ .

١٣٧٠ – مسألة ؛ قال : (ويُحَرِّمُ لَبَنُ الْمَيِّتَةِ ، كَمَا يُحَرِّمُ لَبَنُ الْحَيَّةِ ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ لَا يَمُوتُ)

المنصوصُ عن أحمدَ ، فى روايةِ إبراهيمَ الحَرْبىِّ ، أنَّه يَنْشُرُ الحُرْمَةَ . وهو اخْتيارُ أبى بكرٍ . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ، والأوْزاعىِّ ، وابنِ القاسِمِ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال الخَلَّالُ : لا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ . وتَوَقَّفَ عنه / أحمدُ ، فى روايةِ مُهَنَّا . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لَبَنٌ ممَّن ليس بمَحَلٍّ للوِلادةِ ، فلم يتَعَلَّقْ به التَّحْريمُ . كلَبَنِ الرَّجُلِ . ولَنا ، أنَّه وُجِدَ الارْتِضاعُ ، على وَجْهٍ يُنْبِتُ اللَّحْمَ ويُنْشِزُ العَظْمَ ، من امرأةٍ ، فأثْبَتَ التَّحْريمَ ، كما لو كانت حَيَّةً ، ولأنَّه لا فارِقَ بين شُرْبِه فى حَياتِها ومَوْتِها إلَّا الحياةُ والمَوْتُ أو النَّجاسَةُ ، وهذا لا أثَرَ له ، فإنَّ اللَّبَنَ لا يَمُوتُ ، والنَّجاسةُ لا تَمْنَعُ ، كما لو حُلِبَ فى وِعاءٍ نَجِسٍ ، ولأنَّه لو حُلِبَ منها فى حَياتِها ، فشَرِبَه بعدَ مَوْتِها ، لنَشَرَ الحُرْمَةَ ، وبَقاؤُه فى ثَدْيِها لا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الحُرْمةِ ؛ لأنَّ ثَدْيَها لا يَزِيدُ على الإناءِ فى عَدَمِ الحياةِ ، وهى لا تَزِيدُ على عَظْمِ المَيْتَةِ فى ثُبُوتِ النَّجاسةِ .

(١٦٩/٨ ظ)

(٣) فى ا : « جوفه » .

فصل : ولو حَلَبَتِ المرأةُ لَبَنَها فى إناءٍ ، ثم ماتَتْ ، فشَرِبَه صبىٌّ ، نَشَرَ الحُرْمةَ . فى قولِ كلِّ مَنْ جَعَلَ الوَجُورَ مُحَرِّمًا . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وغيرُهم ؛ وذلك لأنَّه لَبَنُ امرأةٍ فى حَياتِها ، فأشْبَهَ ما لو شَرِبَه وهى فى الحياةِ .

١٣٧١ – مسألة ؛ قال : (وإذَا حَبِلَتْ[1] مِمَّنْ يَلْحَقُ نَسَبُ وَلَدِها بِهِ ، فثابَ لها لَبَنٌ ، فأَرْضَعَتْ بِهِ طِفْلًا خَمْسَ رَضَعاتٍ مُتَفرِّقاتٍ ، فى حَوْلَيْن ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، وبَناتُها مِنْ أَبِى هٰذَا الحَمْلِ ، وَمِنْ غَيْرِهِ ، وبَنَاتُ أَبِى هٰذَا الْحَمْلِ مِنْهَا ومِنْ غَيْرِهَا . وإنْ أَرْضَعَتْ صَبِيَّةً ، فَقَدْ صَارَتْ ابْنةً لها ، ولِزَوْجِهَا ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ مِنَ الْحَمْلِ الَّذِى هُوَ مِنْهُ)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا حَمَلَتْ من رَجُلٍ ، وثابَ لها لَبَنٌ ، فأَرْضَعَتْ به طِفْلًا رَضاعًا مُحَرِّمًا ، صار الطِّفْلُ المُرْتَضِعُ ابْنًا للمُرْضِعَةِ ، بغير خلافٍ ، وصار أيضًا ابْنًا لمن يُنْسَبُ الحَمْلُ إليه ، فصار فى التحريمِ وإباحةِ الخَلْوةِ ولَدًا[2] لهما ، وأَوْلادُه من الْبَنِين والْبَناتِ أولادَ أَوْلادِهما ، وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُهم ، وجميعُ أَوْلادِ المُرْضِعةِ من زَوْجِها ومن غيرِه ، وَجميعُ أولادِ الرَّجُلِ الذى انْتَسَبَ الحملُ إليه من المُرْضِعَةِ ومن غيرِها ، إخْوَةَ المُرْتَضِعِ ، وأَخَواتِه ، وأولادُ أَوْلادِهما[3] أولادَ إخْوَتِه وأَخَواتِه ، وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُهم ، وأُمُّ المُرْضِعَةِ جَدَّتُه وأَبُوها جَدُّه ، وإخْوَتُها أخْوالَه ، وأَخَواتُها خَالاتِه ، وأبو الرجلِ جَدُّه ، وأُمُّهُ جَدَّتُه ، وإخْوَتُه أعْمامَه ، وأَخَواتُه عَمَّاتِه ، وجميعُ أقارِبِهما يُنْسَبُون[4] إلى المُرْتَضِع كما يُنْسَبُون[4] إلى وَلَدِهما من النَّسَبِ ؛ لأنَّ اللَّبَنَ الذى ثابَ للمرأةِ مخلوقٌ من ماءِ الرَّجُلِ والمرأةِ ، فنَشَرَ التَّحْريمَ إليهما ، ونَشَر الحُرْمةَ إلى الرَّجُلِ وإلى أقارِبِه ، وهو الذى

---

(١) فى ب : « احبلت » . وفى م : « حملت » .

(٢) فى ا ، م : « ابنا » .

(٣) فى ا ، ب ، م : « أولادها » .

(٤) فى ا ، ب ، م : « ينتسبون » .

٨/١٧٠و يُسَمَّى لَبَن الفَحْلِ . وفى التَّحْريمِ به اختلافٌ ، / ذكرْناه فى بابِ ما يَحْرُمُ نِكاحُه[٥] ، والجَمْعُ بينه ، والحُجَّة القاطِعةُ فيه ، ما روَت عائشةُ ، أن أفْلَحَ أخا أبى القُعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ علىَّ بعدما أُنْزِلَ الحِجَابُ ، فقلتُ : واللهِ لا آذَنُ له حتى أسْتَأْذِنَ رسولَ الله ﷺ ، [٦]فإنَّ أخا أبى القُعَيْسِ ليس هو أرْضَعَنِى ، ولكنْ أرْضَعَتْنِى امرأةُ أبى القُعَيْسِ . فدَخَل علىَّ رسولُ الله ﷺ[٦] ، فقلتُ : يا رسولَ الله ، إنَّ الرجلَ ليس هو أرْضَعَنِى ، ولكن أرْضَعَتْنِى امرأتُه . قال : « ائْذَنِى لَه ، فَإِنَّه عَمُّكِ ، تَرِبَتْ يَمِينُكِ » . قال عُرْوَةُ : فبذلك كانت عائشةُ تَأْخُذُ بقولِ : « حَرِّمُوا مِن الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ عليه[٧] . وسُئِلَ ابنُ عباسٍ ، عن رَجُل تَزَوَّجَ امرأتَيْنِ ، فأرْضَعَتْ إحداهُما جارِيةً ، والأُخْرَى غُلامًا ، هل يتَزَوَّجُ الغلامُ الجارِيةَ[٨] ؟ فقال : لا ، اللِّقاحُ واحدٌ[٩] . قال مالكٌ : اخْتُلِفَ قديمًا فى الرَّضاعةِ من قِبَلِ الأبِ ، ونَزَل برجالٍ من أهلِ المدينةِ فى أزْواجِهم ؛ منهم محمدُ بن المُنْكَدِرِ ، وابنُ أبى حَبِيبَةَ ، فاسْتَفْتَوْا فى ذلك ، فاخْتُلِفَ عليهم ، ففارَقُوا زَوْجَاتِهم . فأمَّا الولدُ[١٠] المُرْتَضِعُ[١١] ، فإنَّ الحُرْمَةَ تَنْتَشِرُ إليه وإلى أوْلادِه وإن نَزَلُوا ، ولا تَنْتَشِرُ إلى مَنْ فى دَرَجَتِه من إخْوانِه[١٢] وأخَواتِه ، ولا إلى أعْلَى منه ، كأَبِيه وأُمِّه وأعْمامِه وعَمّاتِه وأخْوالِه وخالاتِه وأجْدادِه وجَدّاتِه ، فلا يَحْرُمُ على المُرْضِعةِ

---

(٥) تقدم فى : ٩/٥٢٠ .

(٦ - ٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) تقدم تخريجه ، فى : ٩/٤٩٣ .

(٨) فى ا ، ب ، م : « بالجارية » .

(٩) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥/٨٩ ، ٩٠ . والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢/٦٠٢ ، ٦٠٣ . والبيهقى ، فى : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة ، وأن لبن الفحل محرم . من كتاب الرضاع . السنن الكبرى ٧/٤٥٣ . وعبد الرزاق ، فى : باب لبن الفحل ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٤٧٣ ، ٤٧٤ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى ابنة الأخ من الرضاعة . السنن ١/٢٤٠ .

(١٠) سقط من : ا ، م .

(١١) فى ب : « المرضع » .

(١٢) فى الأصل : « إخوته » .

نِكاحُ أبى الطِّفْلِ المُرْتَضِعِ ، ولا أخِيه ، ولا عَمِّه ، ولا خالِه ، ولا يَحْرُمُ على زَوْجِها نِكاحُ أُمِّ الطِّفْلِ المُرْتَضِعِ ، ولا أُخْتِه ، ولا عَمَّتِه ، ولا خالَتِه ، ولا بأْسَ أن يتزوَّجَ أوْلادُ المُرْضِعةِ ، وأولادُ زَوْجِها ، إخوةَ الطِّفْلِ المُرْتَضِعِ وأخَواتِه . قال أحمدُ : لا بأس أن يتزوَّجَ الرجلُ أُخْتَ أخيه[13] من الرَّضاعِ ، ليس بينهما رَضاعٌ ولا نَسَبٌ ، وإنَّما الرَّضاعُ بين الجارِيةِ وأخيه[14] . إذا ثبت هذا ، فإنَّ من شَرْطِ تَحْرِيمِ الرَّضاعِ أن يكونَ فى الحَوْلَيْنِ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، رُوِىَ نحوُ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ[15] ، وابنِ عمرَ ، وابن مسعودٍ ، وابنِ عباسٍ ، وأبى هُرَيْرَةَ . وأزْواجِ النَّبىِّ ﷺ سِوَى عائِشَةَ . وإليه ذَهَبَ الشَّعْبِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والأَوْزاعِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، ورِوَايةٌ عن مالكٍ ، ورُوِىَ عنه ، إن زادَ شَهْرًا جازَ ، ورُوِىَ شَهْران . وقال أبو حنيفة : يُحَرِّمُ الرَّضاعُ فى ثلاثينَ شَهْرًا ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَـٰلُهُ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾[16] . ولم يُرِدْ بالْحَمْلِ حَمْلَ الأحْشاءِ ؛ لأنَّه يكونُ سَنَتَيْنِ فَعُلِمَ أنَّه أراد الحَمْلَ فى الفِصَالِ . وقال زُفَرُ : مُدَّةُ الرَّضاعِ ثَلاثُ سِنِين . وكانت عائشةُ تَرَى رَضاعةَ الكَبِيرِ / تُحَرِّمُ . ويُرْوَى هذا عن عَطاءٍ ، واللَّيْثِ ، وداودَ ؛ لما رُوِىَ أنَّ سَهْلَةَ بنت سُهَيْلٍ قالت : يا رسولَ الله ، إنَّا كُنَّا نَرَى سالِمًا وَلَدًا ، فكان يَأْوِى مَعِى ومع أبى حذيفةَ فى بيتٍ واحِدٍ ، ويَرانِى فُضُلًا[17] ، وقد أنْزَلَ اللهُ فيهم ما قد عَلِمْتَ ، فكيف تَرَى فيه ؟ فقال النَّبىُّ ﷺ : « أرْضِعِيه » . فأرْضَعَتْه خَمْسَ رَضَعاتٍ ، فكان بمَنْزِلةِ وَلَدِها . فبذلك كانت عائشةُ تَأْخُذُ ، تأمرُ بناتَ أخَواتِها ، وبناتَ إخْوَتِها يُرْضِعْنَ مَنْ أحَبَّتْ عائشةُ أن يَرَاها ، ويَدْخُلَ عليها ، وإن كان كبيرًا خَمْسَ رَضْعاتٍ ، وأبَتْ ذلك أُمُّ سَلَمةَ ، وسائرُ أزْواجِ النَّبِىِّ ﷺ أن يَدْخُلَ عليهنَّ بتلك الرَّضاعةِ أحَدٌ من الناس ، حتى يَرْضَعَ فى

٨/١٧٠ ظ

(١٣) فى ا ، ب ، م : « أخته » .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « وأخته » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) سورة الأحقاف ١٥ .

(١٧) أى متبذلة ، فى ثياب المهنة .

المَهْدِ ، وقُلْنَ لعائشةَ : واللهِ[18] ما نَدْرِى ، لعَلَّها رُخْصةٌ من النَّبِىِّ ﷺ لسالِمٍ دُون الناسِ . روَاه النَّسَائِىُّ ، وأبو داودَ ، وغيرُهما[19] . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾[20] . فجعل تمامَ الرَّضاعةِ حَوْلَيْنِ ، فيَدُلُّ على أنَّه لا حُكْمَ لها بعدَهما . وعن عائشةَ ، أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ دَخَلَ عليها وعندَها رَجُلٌ ، فتغَيَّرَ وَجْهُ النَّبِىِّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّه أخِى مِن الرَّضَاعةِ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « انْظُرْنَ مَنْ إخْوَانُكُنَّ ، فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجاعَةِ » . مُتَّفَقٌ عليه[21] . وعن أُمِّ سَلَمةَ ، قالت : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا يُحَرِّمُ مِن الرَّضَاعِ ، إلَّا مَا فَتَقَ الْأَمْعَاءَ ، وكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ » . أخْرَجه التِّرمِذِىُّ[22] ، وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . وعند هذا يتَعَيَّنُ حَمْلُ خَبَرِ أبى حُذَيْفةَ على أنَّه خاصٌّ له دُونَ الناسِ ، كما قال سائرُ أزْواجِ النَّبِىِّ ﷺ . وقولُ أبى حنيفةَ ، تَحَكُّمٌ يُخالِفُ ظاهِرَ الكِتابِ وقولَ الصحابةِ ، فقد روَيْنا عن علىٍّ وابنِ عباسٍ ، أنَّ المُرادَ بالحَمْلِ حَمْلُ البَطْنِ . وبه اسْتَدَلَّ علىٌّ أنَّ أقَلَّ مُدَّةِ الحملِ سِتَّةُ أشْهُرٍ ، وقد دَلَّ على هذا قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾[23] . فلو حُمِلَ على ما قاله أبو حنيفةَ ، لَكان مُخالِفًا لهذه

---

(18) لم يرد فى : ب .

(19) تقدم تخريجه فى : 9/492 .

(20) سورة البقرة 233 .

(21) أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب من قال : لا رضاع بعد حولين ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى 3/223 ، 7/12 . ومسلم ، فى : باب إنما الرضاعة من المجاعة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم 2/1078 .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب القدر الذى يحرم من الرضاعة ، من كتاب النكاح . المجتبى 6/84 . والدارمى ، فى : باب فى رضاعة الكبير ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى 2/158 .

(22) فى : باب ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا فى الصغر دون الحولين ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى 5/97 .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا رضاع بعد فصال ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1/626 .

(23) سورة لقمان 14 .

الآيةِ . إذا ثَبتَ هذا ، فالاعْتبارُ بالعامَيْنِ لا بالفِطَامِ ، فلو فُطِمَ قبلَ الحَوْلَيْنِ ، ثم ارْتَضَعَ فيهما ، لَحَصَلَ التَّحْرِيمُ ، ولو لم يُفْطَمْ حتى تجاوزَ الحَوْلينِ ، ثم ارْتَضَعَ بعدَهما قبلَ الفِطامِ . لم يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ . وقال ابنُ القاسمِ ، صاحبُ مالكٍ : لو ارْتَضَعَ / بعدَ الفِطامِ في الحَوْلَيْنِ ، لم تُحَرِّمْ[24] ؛ لقولِه عليه السلام : « وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ » . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ . ورُوِىَ عنه عليه السلام : « لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ »[25] . والفِطامُ مُعْتَبَرٌ بمُدَّتِه لا بِنَفْسِه ، قال أبو الخَطَّاب : لو ارْتَضَعَ بعدَ الحَوْلَينِ بساعةٍ ، لم يُحَرِّمْ . وقال القاضى : لو شَرَعَ في الخامسةِ ، فحالَ الحَوْلُ قبلَ كَمالِها ، لم يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّ ما وُجِدَ من الرَّضْعةِ في الحَوْلَيْنِ كافٍ في التَّحْرِيمِ ، بدَلِيلِ ما لو انْفصَلَ ممَّا بعدَه ، فلا يَنْبَغِى أن يَسْقُطَ حكمٌ بإيصالِ[26] مالا أثَرَ له به . واشْتَرطَ[27] الخِرَقِىُّ في نَشْرِ الحُرْمَةِ بينَ المُرْتَضِع وبين الرَّجُلِ الذى ثابَ اللَّبَنُ بوَطْئِه ، أن يكونَ لبنَ حَمْلٍ يَنْتَسِبُ[28] إلى الواطِئِ ، إمَّا لكَوْنِ الوَطْءِ في نكاحٍ أو مِلْكِ يمينٍ ، أو بشُبْهةٍ[29] ، فأمَّا لَبَنُ الزَّانِى أو النَّافِى للوَلَدِ باللِّعانِ ، فلا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ بينهما ، في مَفْهومِ كلامِ الْخِرَقِىِّ . وهو قولُ أبى عبدِ اللهِ ابن حامدٍ ، ومذهبُ الشافعىِّ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيز : تَنْتَشِرُ الحُرْمةُ بينهما ؛ لأنَّه مَعْنًى يَنْشُرُ الحُرْمَةَ ، فاسْتَوَى في ذلك مُباحُه ومَحْظُورُه[30] ، كالوَطْءِ ، يُحَقِّقُه أنَّ الواطئَ حَصَلَ منه لَبَنٌ ووَلَدٌ ، ثم إنَّ الوَلَدَ يَنْشُرُ الحُرْمَةَ بينه وبينَ الواطئِ ، كذلك اللَّبَنُ ، ولأنَّه رَضاعٌ يَنْشُرُ الحُرْمَةَ إلى المُرْضِعةِ ، فنَشَرها إلى الواطئِ ، كصُورَةِ

١٧١/٨ و

---

(٢٤) فى م زيادة : « عليه » .

(٢٥) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الرضاع . سنن الدارقطنى ٤/١٧٤ . وابن عدى ، فى : الكامل ٧/٢٥٦٢ .

(٢٦) فى ب : « باتصال » .

(٢٧) فى ا : « واشتراط » .

(٢٨) فى الأصل : « ينسب » .

(٢٩) فى ا ، م : « شبهة » .

(٣٠) فى ا ، م : « ومحظور » .

الإِجْماعِ . وَوَجْهُ القولِ الأَوَّلِ ، أنَّ التَّحْريمَ بينهما فَرْعٌ لِحُرْمةِ الأُبُوَّةِ ، فلمَّا لم[31] تَثْبُتْ حُرْمةُ الأُبُوَّةِ ، لم يَثْبُتْ ما هو فَرْعٌ لها . ويفارِقُ تَحْريمَ ابْنَتِه من الزِّنَى ؛ لأنَّها من نُطْفَتِه حقيقةً ، بخلافِ مَسْأَلَتِنا . ويفارِقُ تَحْريمَ المُصاهَرةِ ؛ فإنَّ التَّحْريمَ ثَمَّ لا يَقِفُ على ثُبُوتِ النَّسَبِ ، ولهذا تَحْرُمُ أُمُّ زَوْجَتِه وابْنَتُها من غير نَسَبٍ ، وتَحْريمُ الرَّضاعِ مَبْنِيٌّ على النَّسَبِ ، ولهذا قال عليه السلام : « يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ »[32] . فأمَّا المُرْضِعةُ ، فإنَّ الطِّفْلَ المُرْتَضِعَ مُحَرَّمٌ عليها ، ومَنْسُوبٌ إليها عندَ الجميعِ . وكذلك يَحْرُمُ جميعُ أَوْلادِها ، وأقارِبها الذين يَحْرُمُون على أولادِها ، على هذا المُرْتَضِعِ ، كما فى الرَّضَاعِ باللَّبَنِ[33] المُباحِ . وإن كان المُرْتَضِعُ جاريةً ، حَرُمَتْ على المُلاعِنِ ، بغير خِلافٍ أيضًا ؛ لأنَّها رَبِيبَتُه ، فإنَّها بِنْتُ امْرَأَتِه من الرَّضاعِ ، وتَحْرُمُ على الزَّانِى ، عندَ مَنْ يَرَى تَحْريمَ المُصَاهَرةِ ، وكذلك يَحْرُمُ بناتُها وبناتُ المُرْتَضِعِ من الغِلْمانِ لذلك .

١٧١/٨ظ **فصل** : وإذا وَطِئَ / رَجُلانِ امرأةً ، فأتَتْ بولَدٍ ، فأَرْضَعَتْ بلَبَنِه طِفْلًا ، صار ابْنًا لمن ثَبَتَ نَسَبُ[34] المَوْلُودِ منه ، سَواءٌ ثَبَتَ نَسَبُه منه بالْقافةِ أو بغيرِها . وإن أَلْحَقَتْه القافةُ بهما ، صار المُرْتَضِعُ ابْنًا لهما ، فالمُرْتَضِعُ فى كلِّ موضعٍ تَبَعٌ للمُناسِبِ ، فمتى لَحِقَ المُناسِبُ بشَخْصٍ ، فالمُرْتَضِعُ مثلُه ، وإن انْتَفَى المُناسِبُ عن أَحَدِهما ، فالمُرْتَضِعُ مثلُه ، لأنَّه بلَبَنِه ارْتَضَعَ ، وحُرْمَتُه فَرْعٌ على حُرْمَتِه . وإن لم يَثْبُتْ نَسَبُه منهما ؛ لتَعَذُّرِ الْقافةِ ، [35]أو لِاشْتِباهِه[35] عليهم ، ونحوِ ذلك ، حَرُمَ عليهما ، تَغْلِيبًا للحَظْرِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ منهما ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ ابنَ[36] أحدِهما ، فيحْرُمُ عليه أقارِبُه دُونَ أقارِبِ الآخرِ ، وقد اخْتَلَطَتْ أُخْتُه بغيرِها ، فحَرُمَ الجَمِيعُ ، كما لو عَلِمَ أخْتَه بعَيْنِها ، ثم

---

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) تقدم تخريجه فى : ٥١٣/٩ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ .

(٣٣) فى ا : « فى اللبن » .

(٣٤) فى الأصل : « لبن » .

(٣٥–٣٥) فى الأصل : « واشتباهه » .

(٣٦) سقط من : ب ، م .

اخْتَلَطتْ[٣٧] بأَجْنَبِيَّاتٍ . وإن انْتَفَى عنهما جميعًا، بأن تأْتِيَ به لدونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ من وَطْئِهما[٣٨]، أو لأكثرَ من أربعِ سِنِينَ ، أو لِدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ من وَطْءِ أحَدِهما ، أو لأكثرَ من أربعِ سِنِينَ من وَطْءِ الآخَرِ ، انْتَفَى المُرْتَضِعُ عنهما أيضًا ؛ فإن كان المُرْتَضِعُ جارِيَةً، حَرُمَتْ عليهما تحريمَ المُصَاهَرَةِ ، ويَحْرُمُ أولادُها عليهما أيضًا ؛ لأنَّها ابْنَةُ مَوْطُوءٍ بهما[٣٩] ، فهى رَبِيبَةٌ لهما .

فصل : ولا تَنْتَشِرُ الحُرْمةُ بغيرِ لَبَنِ الآدَمِيَّةِ بحالٍ ، فلو ارْتَضَعَ اثْنانِ من لَبَنِ بَهِيمةٍ ، لم يَصِيرَا أخوَيْنِ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الشافعىُّ ، وابنُ القاسمِ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . ولو ارْتَضَعا من رَجُلٍ ، لم يَصِيرَا أخوَيْنِ ، ولم تَنْتَشِر الحُرْمةُ بينَه وبينَهما ، فى قول عامَّتِهم . وقال الكَرَابِيسِىُّ[٤٠] : يتعَلَّقُ به التَّحْرِيمُ ؛ لأنَّه لَبَنُ آدَمِىٍّ ، أشْبَهَ لَبَنَ الآدَمِيَّةِ[٤١] . وحُكِيَ عن بعضِ السَّلَفِ ، أنَّهما إذا ارْتَضَعا من لَبَنِ بهيمةٍ ، صارا أخوَيْنِ . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ هذا لا[٤٢] يتعَلَّقُ به تَحْرِيمُ الأُمومةِ ، فلا يَثْبُتُ به تَحْرِيمُ الأُخُوَّةِ ، لأنَّ الأُخُوَّةَ فَرْعٌ على الأُمومةِ ، وكذلك لا يَتعَلَّقُ به تَحْرِيمُ الأُبُوَّةِ لذلك ، ولأنَّ هذا اللَّبَنَ لم يُخْلَقْ لغِذَاءِ المَوْلُودِ ، فلم[٤٣] يتعَلَّقْ به التَّحْرِيمُ ، كسائرِ الطَّعامِ . فإن ثابَ لخُنْثَى مُشْكِلٍ لَبَنٌ ، لم يَثْبُتْ به التَّحْرِيمُ ؛ لأنَّه لم يثْبُتْ كَوْنُه امرأةً ، فلا يثْبُتُ التَّحْرِيمُ مع الشَّكِّ . وقال ابنُ حامِدٍ : يَقِفُ الأمْرُ حتى يَنْكَشِفَ أمرُ الخُنْثَى .

---

(٣٧) فى م : « اختلفت » .

(٣٨) فى ا ، ب : « وطئها » .

(٣٩) فى م : « بينها » .

(٤٠) الكرابيسى : نسبة إلى بيع الثياب . وهو أبو على الحسين بن على الكرابيسى البغدادى الشافعى ، كان يحسن الفقه والحديث ، وهو ممن جمع وصنف ، وتوفى سنة خمس وأربعين ومائتين . وقيل : سنة ثمان وأربعين . طبقات الشافعية الكبرى ١١٧/٢-١٢٦ .

(٤١) فى ب : « الآدميات » .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) فى ب : « فلا » .

فعلى قولِه يثْبُتُ التَّحْريمُ ، إلَّا أن يتَبيَّنَ كَوْنُه رَجُلًا ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ كَوْنَه مُحَرِّمًا .

فصل : وإن ثابَ لامْرأةٍ لَبَنٌ من غيرِ وَطْءٍ ، فأرْضَعَتْ به طِفْلًا ، نَشَرَ الحُرْمَةَ ، فى أظْهَرِ الرِّوايتَيْنِ . وهو قولُ ابنِ حامِدٍ ، ومذهبُ مالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، / وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وكلِّ مَنْ يَحْفَظُ عنه ابنُ المُنْذِرِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِى أَرْضَعْنَكُمْ ﴾[44] . ولأنَّه لَبَنُ امرأةٍ فتعَلَّقَ به التَّحْريمُ ، كما لو ثابَ بوَطْءٍ ، ولأنَّ ألْبانَ النِّساءِ خُلِقَتْ[45] لغِذَاءِ الأطْفالِ ، وإن كان هذا نادِرًا ، فجِنْسُه مُعْتادٌ . والرِّواية الثانية ، لا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ ؛ لأنَّه نادِرٌ ، لم تَجْرِ العادةُ به لِتَغْذِيَةِ الأطْفالِ ، فأشْبَهَ لبنَ الرِّجالِ . والأوَّلُ أصَحُّ .

فصل : إذا كان لرجلٍ خَمْسُ أُمَّهاتِ أوْلادٍ ، له منهنَّ لَبَنٌ ، فارْتَضَعَ طِفْلٌ من كلِّ واحدةٍ منهنَّ رَضْعةً ، لم يَصِرْنَ أُمَّهاتٍ له ، وصارَ المَوْلَى أبًا له . وهذا قولُ ابنِ حامِدٍ ؛ لأنَّه ارْتَضَعَ من لَبَنِه خَمْسَ رَضَعاتٍ . وفيه وجهٌ آخَرُ ، لا تَثْبُتُ الأُبُوَّةُ ؛ لأنَّه رَضاعٌ لم يُثْبِتِ الأُمومةَ ، فلم يُثْبِتِ الأُبُوَّةَ ، كالارْتِضاعِ بلَبَنِ الرَّجُلِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ الأُبُوَّةَ إنَّما تَثْبُتُ لكَوْنِه رَضَعَ من لَبَنِه ، لا لكَوْنِ المُرْضِعةِ أُمًّا له . ولأصْحابِ الشافعىِّ وَجْهان ، كهٰذَيْن . وإذا[46] قُلْنا بثُبُوتِ الأُبُوَّةِ ، حَرُمَتْ عليه المُرْضِعاتُ ؛ لأنَّه رَبِيبُهُنَّ ، وهُنَّ مَوْطُوءاتُ أبيه . وإن كان لِرَجُلٍ خَمْسُ بناتٍ ، فأرْضَعْن طِفْلًا ، كلُّ واحدةٍ رَضْعةً ، لم يَصِرْنَ أُمَّهاتٍ له . وهل يَصِيرُ الرجلُ جَدًّا له ، وأوْلادُه أخْوالًا له وخالاتٍ[47] ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَصِيرُ جَدًّا ، وأخُوهُنَّ خالًا ؛ لأنَّه قد[48] كَمَلَ للمُرْتَضِعِ خَمْسُ رَضَعاتٍ من لَبَنِ بَناتِه أو أخَواتِه ، فأشْبَهَ ما لو كان من واحدةٍ .

---

(44) سورة النساء 23 .

(45) فى الأصل : « تخلق » .

(46) فى ب : « وإن » .

(47) سقط من : الأصل .

(48) سقط من : ب ، م .

والآخرُ ، لا يَثْبُتُ ذلك ؛ لأنَّ كَوْنَه جَدًّا فَرْعُ كَوْنِ ابْنَتِه أُمًّا ، وكَوْنَه خالًا فَرْعُ كَوْنِ أُخْتِه أُمًّا ، ولم يَثْبُتْ ذلك ، فلا يَثْبُتُ الفَرْعُ . وهذا الوجهُ يتَرجَّحُ فى هذه المَسْألةِ ؛ لأنَّ الفَرعِيَّةَ مُتَحَقِّقةٌ ، بخلافِ التى قبلَها . فإن قُلْنا : يَصِيرُ أخُوهُنَّ خالًا . لم تَثْبُت الخُئُولةُ فى حَقِّ واحدةٍ منهنَّ ؛ لأنَّه لم يَرْتَضِعْ[49] من لَبَنِ أخَواتِها خَمْسَ رَضَعاتٍ ، ولكن يَحْتَمِلُ التَّحْريمَ ؛ لأنَّه قد اجْتَمَعَ من اللَّبَنِ المُحَرِّمِ خَمْسُ رَضَعاتٍ . ولو كَمَلَ للطِّفلِ[50] خَمْسُ رَضَعاتٍ من أُمِّه وأُخْتِه وابْنَتِه وزَوْجَتِه وزَوْجةِ أبِيه ، من كلٍّ[51] واحدةٍ رَضْعةٌ ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْنِ .

فصل : إذا كان لِامرأةٍ لَبَنٌ من زَوْجٍ ، فأرْضَعَتْ به[51] طِفلًا ثلاثَ رَضعاتٍ ، وانْقَطَعَ لَبَنُها ، فتزَوَّجَتْ آخرَ ، فصار لها منه لَبَنٌ ، فأرْضَعَتْ منه الصَّبِىَّ رَضْعَتَيْنِ ، صارت أُمًّا له ، بغيرِ خلافٍ عَلِمْناه عندَ القائِلين بأنَّ الخَمْسَ مُحَرِّماتٌ ، ولم يَصِرْ واحدٌ من الزَّوْجَيْنِ أبًا له ؛ لأنَّه لم يُكْمِلْ عَدَدَ الرَّضاعِ من لَبَنِه ، ويَحْرُمُ على / الرَّجُلَين ؛ بكَوْنِه[52] رَبِيبَها ، لا لكَوْنِه وَلَدَهُما[53] .

١٧٢/٨ ظ

١٣٧٢ – مسألة ؛ قال : (ولَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا ، وهِىَ تُرْضِعُ مِنْ لَبَنِ وَلَدِهِ ، فَتزَوَّجَتْ بِصَبِىٍّ مُرْضَعٍ ، فأَرْضَعَتْه ، فحَرُمَتْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ بآخَرَ ، ودَخلَ بِهَا وَوَطِئَهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، أوْ مَاتَ عَنْها ، لَمْ يَجُزْ أنْ يتَزَوَّجها الأوَّلُ ؛ لأنَّها صارَتْ مِنْ حَلَائِلِ الْأَبْنَاءِ لَمَّا أرْضَعَتِ الصَّبِىَّ الَّذِى تَزَوَّجَتْ بِهِ)

هذه المسألةُ من فروعِ المسألةِ التى قبلَها ، وهو أنَّ المُرْتَضِعَ يَصِيرُ ابْنًا للرَّجُلِ الذى ثابَ اللَّبَنُ بوَطْئِه . فهذه المرأةُ لمَّا تَزَوَّجَتْ صَبِيًّا ، ثم أرْضَعَتْه بلَبَنِ مُطَلِّقِها ، صار ابْنًا

---

(٤٩) فى م : « يرضع » .

(٥٠) فى ب : « الطفل » .

(٥١) سقط من : م .

(٥٢) فى ا ، م : « لكونه » .

(٥٣) فى ب : « ولدا لهما » .

لِمُطَلِّقِها فحَرُمَتْ عليه ؛ لأنَّها أُمُّه ، وبانَتْ منه ، وكانت زَوْجةً له ، فصارتْ زَوْجةً لِابنِ مُطَلِّقِها ، فَحَرُمَتْ على الأوَّلِ على التَّأْبِيدِ ؛ لكَوْنها صارَتْ من حَلائلِ أبْنائِه . ولو تزوَّجَتِ امرأةٌ صَبِيًّا ، فوَجَدَتْ به عَيْبًا ، ففَسَخَتْ نِكاحَه ، ثم تزوَّجَتْ كبيرًا ، فصارَ لها منه لَبَنٌ ، فأرْضَعَتْ به الصَّبِىَّ خَمْسَ رَضَعاتٍ ، حَرُمَتْ على زَوْجِها ؛ لأنَّها صارت من حَلائلِ أبْنائِه . ولو زَوَّجَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِه أو أمَتَه بصَبِىٍّ مَمْلوكٍ ، فأرْضَعَتْه بلَبَنِ سَيِّدِها خَمْسَ رَضَعاتٍ ، انْفَسَخَ نِكاحُه ، وحَرُمَتْ على سَيِّدِها على التَّأْبِيدِ ؛ لأنَّها صارَتْ من حلائلِ أبنائِه . فإن كان الصَّبِىُّ حُرًّا ، لم يُتَصوَّرْ هذا الفَرْعُ ، ولم[1] يَصِحَّ نِكاحُه ؛ لأنَّ مِن شَرْطِ جَوَازِ نِكاحِ الحُرِّ الأَمَةَ ، خَوْفَ العَنَتِ ، ولا يُوجَدُ ذلك فى الطِّفْلِ ، فإن تَزَوَّجَ بها كان النكاحُ فاسِدًا ، وإن أرْضَعَتْه ، لم تَحْرُمْ على سَيِّدِها ؛ لأنَّه ليس بزَوْجٍ فى الحقيقةِ .

فصل : وإذا طَلَّقَ الرجلُ زَوْجَتَه ، ولها منه لَبَنٌ، فتَزَوَّجَتْ آخَرَ ، لم يَخْلُ من خمسةِ أحْوالٍ ؛ أحدها ، أن يَبْقَى لَبَنُ الأوَّلِ بحالِه ، لم يَزِدْ ولم يَنْقُصْ ، ولم تَلِدْ من الثانى ، فهو للأوَّلِ ، سَواءٌ حَمَلَتْ من الثانى أو لم تَحْمِلْ. لا[2] نعلمُ فيه خلافًا ؛ لأنَّ اللَّبَنَ كان للأوَّلِ ، ولم يتَجَدَّدْ ما يَجْعَلُه من الثانى ، فبَقِىَ للأوَّلِ . الثانى ، أن لا تَحْمِلَ من الثانى ، [3]فهو للأوَّلِ[3] ، سَواءٌ زادَ أو لم يَزِدْ ، أو انْقَطَعَ ثم عادَ أو لم يَنْقَطِعْ. الثالث ، أن تَلِدَ من الثانى ، فاللَّبَنُ له خاصَّةً. قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ على هذا كلُّ مَنْ أحْفَظُ عنه [4]من أهلِ العلمِ[4]. وهو قولُ أبى حنيفةَ والشافعىِّ ، سَواءٌ زادَ أو لم يَزِدْ ، انْقَطَعَ أو اتَّصَلَ ؛ لأنَّ لَبَنَ الأوَّلِ يَنْقَطِعُ بالوِلادةِ من الثانى ، فإنَّ حاجةَ المولودِ إلى اللَّبَنِ تَمْنَعُ كونَه لغيرِه . الحال الرابع ، أن يكونَ لَبَنُ الأوَّلِ باقيًا ، وزادَ بالحَمْلِ من الثانى ، فاللَّبَنُ منهما / جميعًا ، فى قولِ أصحابِنا ١٧٣/٨و

---

(١) سقطت الواو من : م .

(٢) فى ب : « ولا » .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤-٤) سقط من : الأصل ، ا ، م .

وقال أبو حنيفةَ : هو للأوَّلِ ، ما لم تَلِدْ من الثانى . وقال الشافعىُّ : إن لم يَنْتَهِ الحَمْلُ إلى حالٍ يَنْزِلُ منه اللبنُ ، فهو للأوَّلِ ، فإن بَلَغَ إلى حالٍ ينزلُ به[٥] اللبنُ ، فزَادَ به ، ففيه قَوْلان ؛ أحدهما ، هو[٦] للأوَّلِ . والثانى ، هو لهما . ولَنا ، أنَّ زِيادَتَه عندَ حُدُوثِ الحَمْلِ ظاهِرٌ فى أنَّها منه ، وبقاءُ [٧]لَبَنِ الأوَّلِ[٧] يَقْتَضِى كَوْنَ أصْلِه منه ، فيَجِبُ[٨] أن يُضافَ إليهما ، كما لو كان الوَلَدُ منهما . الحال الخامس ، انْقطَعَ من الأوَّلِ ، ثم ثابَ بالحَمْلِ من الثانى . فقال أبو بكر : هو منهما . وهو أحدُ أقوالِ الشافعىِّ ، إذا انْتَهَى الحَمْلُ إلى حالٍ يَنْزِلُ به اللَّبَنُ ؛ وذلك لأنَّ اللَّبَنَ كان للأوَّلِ ، فلما عاد بحُدُوثِ الحَمْلِ ، فالظاهرُ أنَّ لَبَنَ الأوَّلِ ثاب بِسَبَبِ الحمْلِ الثانى ، فكان مُضافًا إليهما ، كما لو لم يَنْقَطِعْ . واخْتار أبو الخَطَّابِ أنَّه من الثانى . وهو القولُ الثانى للشافعىِّ ؛ لأنَّ لَبَنَ الأوَّلِ انْقَطَعَ ، فزَال حُكْمُه بانْقِطاعِه ، وحَدَثَ بالحَمْلِ من الثانى ، فكان له ، كما لو لم يكُنْ لها لَبَنٌ من الأوَّلِ . وقال أبو حنيفةَ : هو للأوَّلِ ، ما لم تَلِدْ من الثانى . وهو القولُ الثالثُ للشافعىِّ ؛ لأنَّ الحَمْلَ لا يَقْتَضِى اللَّبَنَ ، وإنَّما يَخْلُقُه الله تعالى للوَلَدِ عندَ وُجُودِه لحاجَتِه إليه، والكلامُ عليه قد سَبَقَ .

١٣٧٣ ـ مسألة ؛ قال : (ولَوْ تَزَوَّجَ كَبِيرَةً وصَغِيرَةً ، فلَمْ يَدْخُلْ بالْكَبِيرَةِ حَتَّى أرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ فِي الْحَوْلَيْنِ، حَرُمَتْ عَلَيْهِ الْكَبِيرَةُ ، وثَبَتَ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ . وإنْ كَانَ قَدْ[١] دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرُمَتَا عَلَيْهِ جَمِيعًا ، ويَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ عَلَى الْكَبِيرَةِ)

نَصَّ أحمدُ على هذا كلِّه . فى هذه المسألة فصولٌ أربعة :

---

(٥) فى ا ، ب : « منه » .
(٦) سقط من : م .
(٧-٧) فى ا : « اللبن للأول » .
(٨) فى ا : « فوجب » .
(١) سقط من : ب ، م .

الأول : أنَّه متى[٢] تزوَّجَ كبيرةً وصَغِيرةً ، فأَرْضَعَتِ الكبيرةُ الصَّغيرةَ قبلَ دُخُولِه بها ، فَسَدَ نكاحُ الكبيرةِ فى الحالِ ، وحَرُمَتْ على التَّأْبيدِ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الأوْزاعِىُّ : نكاحُ الكبيرةِ ثابتٌ ، وتُنْزَعُ منه الصغيرةُ . وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ الكبيرةَ صارتْ من أُمَّهاتِ النِّساءِ ، فتَحْرُمُ أبدًا ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ وَأُمَّهَـٰتُ نِسَائِكُمْ ﴾[٣] . ولم يَشْتَرِطْ دُخُولَه بها ، فأمَّا الصغيرةُ ، ففيها رِوَايتان ؛ إحداهما ، نِكاحُها ثابتٌ ؛ لأنَّها رَبِيبَةٌ ، ولم يَدْخُلْ بأُمِّها ، فلا تَحْرُمُ ؛ لقولِ الله سبحانه : ﴿ فَإِن / لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾[٣] . والرِّواية الثانية ، يَنْفَسِخُ نِكاحُها . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ؛ لأنَّهما صارتَا[٤] أُمًّا وبِنْتًا ، واجْتَمَعَتَا فى نِكاحِه ، والجَمْعُ بينهما مُحَرَّمٌ ، فانْفَسَخَ نِكاحُهُما ، كما لو صارتَا أُخْتَيْنِ ، وكما لو عَقَدَ عليهما بعدَ الرَّضاعِ عَقْدًا واحدًا . ولَنا ، أنَّه أمْكَن إزالةُ الجَمْعِ بانْفِساخِ نِكاحِ الكبيرةِ ، وهى أوْلَى به ؛ لأنَّ نِكاحَها مُحَرَّمٌ على التَّأْبيدِ ، فلم يَبْطُلْ نِكاحُهُما به ، كما لو ابْتَدأ العَقْدَ على أُخْتِه وأجْنَبِيةٍ ، ولأنَّ الجمعَ طَرَأ على نكاحِ الأُمِّ والبنتِ ، فاخْتصَّ الفَسْخُ بنكاحِ الأُمِّ ، كما لو أسْلَم وتَحْته امرأةٌ وبِنْتُها . وفارَقَ الأُخْتَيْنِ ؛ لأنَّه ليست إحداهُما أوْلَى بالفَسْخِ من الأُخْرَى ، وفارَقَ ما لو ابْتَدأ العَقْدَ عليهما ؛ لأنَّ الدَّوامَ أقْوَى من الابْتِداءِ .

١٧٣/٨ظ

الفصل الثانى : أنَّه[٥] إن كان دَخَلَ بالكبيرةِ ، حَرُمَتا جميعًا على الأبَدِ ، وانْفَسَخَ نِكاحُهُما ؛ لأنَّ الكبيرةَ صارت من أُمَّهاتِ النِّساءِ ، والصغيرةَ رَبِيبةٌ قد دَخَلَ بأُمِّها ، فَتَحْرُمُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، وإن كان الرَّضاعُ بلَبَنِه ، صارت الصغيرةُ بِنْتًا مُحَرَّمةً

---

(٢) فى ا ، م : « التى » .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) فى م : « صارت » .

(٥) سقط من : الأصل .

عليه لوَجْهين ؛ لكونِها بنْتَه ، ورَبِيبَتَه التى دَخَلَ بأُمِّها .

الفصل الثالث : أنَّ عليه نِصْفَ مَهْرِ الصَّغيرةِ ؛ لأنَّ نِكاحَها انْفَسَخَ قبلَ دُخُولِه بها من غير جِهَتِها ، والفَسْخُ إذا جاء من أجْنَبِىٍّ كان كطَلَاقِ الزَّوْجِ فى وُجُوبِ الصَّداقِ عليه ، ولا مَهْرَ للكبيرةِ إن لم يكُنْ دَخَلَ بها ؛ لأنَّ فَسْخَ نِكاحِها بسَبَبٍ من جِهَتِها ، فسَقَطَ صَداقُها ، كما لو ارْتَدَّتْ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وإن كان دَخَلَ بالكبيرةِ ، لم يَسْقُطْ مَهْرُها ؛ لأنَّه اسْتَقَرَّ بدُخُولِه بها اسْتِقْرارًا لا يُسْقِطُه شىءٌ ، ولذلك لا يَسْقُطُ برِدَّتِها ولا بغيرِها .

الفصل الرابع : أنَّه يَرْجِعُ على الكبيرةِ بما لَزِمَه من صَداقِ الصغيرةِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وحُكِىَ عن بعضِ أصْحابِه ، أنَّه يَرْجِعُ بجميعِ صَداقِها ؛ لأنَّها أتْلَفَتِ البُضْعَ ، فوَجَبَ ضَمانُه . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : إن كانت المُرْضِعةُ أرادت الفَسادَ ، رَجَعَ عليها بِنِصْفِ الصَّداقِ ، وإلَّا فلا يَرْجِعُ[6] بشىءٍ . وقال مالكٌ : لا يَرْجِعُ بشىءٍ . ولَنا، على أنَّه يَرْجِعُ عليها بالنِّصْفِ[7] ، أنَّها قَرَّرَتْه عليه، وألْزَمَتْه إيَّاه، وأتْلَفَتْ عليه ما فى مُقابَلَتِه، فوَجَبَ عليها[8] الضَّمانُ، كما لو أتْلَفَتْ عليه المَبِيعَ. ولَنا، على أبى حنيفةَ، أنَّ ما ضُمِنَ فى العَمْدِ ضُمِنَ فى الخَطَأِ، كالمالِ، ولأنَّها أفْسَدَتْ/ نِكاحَه، وقَرَّرَتْ عليه نِصْفَ الصَّداقِ ، [9]فلَزِمَها ضَمانُه[9] ، كما لو قَصَدَتِ الإفْسادَ . ولَنا ، على أنَّ الزَّوْجَ إنَّما يَرْجِعُ بالنصفِ ، أنَّ الزَّوْجَ لم يَغْرَمْ إلَّا النِّصْفَ ، فلم يَجِبْ له أكثرُ ممَّا غَرِمَ ، ولأنَّه بالفَسْخِ رجع[10] إليه بَدَلُ النِّصْفِ الآخرِ ، فلم يَجِبْ له بَدَلُ ما أخَذَ بَدَلَه مَرَّةً أُخرَى ، ولأنَّ خُرُوجَ البُضْعِ من مِلْكِ الزَّوجِ لا قِيمةَ له ، وإنَّما ضَمِنَتِ المرضعةُ هٰهُنا لمَّا ألْزَمَتِ الزَّوجَ ما كان مُعَرَّضًا للسُّقُوطِ بسَبَبٍ يُوجَدُ من الزَّوْجةِ ، فلم يَرْجِعْ هٰهُنا بأكثرَ ممَّا ألْزَمَتْه.

١٧٤/٨ و

(٦) فى م زيادة : « بالنصف » .

(٧) سقط من : م .

(٨) فى النسخ : « عليه » .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٠) فى م : « يرجع » .

فصل : والواجبُ نِصْفُ المُسَمَّى ، لا نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه إنَّما يَرْجِعُ بما غَرِمَ ، والذى غَرِمَ نِصْفُ ما فَرَضَ لها ، فرَجَعَ به . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : يَرْجِعُ بنِصْفِ مَهْرِ المثلِ ؛ لأنَّه ضَمانُ مُتْلَفٍ ، فكان الاعْتبارُ بقِيمَتِه ، دُونَ ما مَلَكَه به ، كسائرِ الأعْيانِ . ولَنا ، أنَّ خُرُوجَ البُضْعِ من مِلْكِ الزوجِ لا قِيمَةَ له ، بدليلِ ما لو قَتَلَتْ نَفْسَها ، أو ارْتَدَّتْ ، أو أرْضَعَتْ مَنْ يَنْفَسِخُ نِكاحُها بإرْضاعِه ، فإنَّها لا تَغْرَمُ له شيئًا ، وإنَّما الرُّجُوعِ هٰهُنا بما غَرِمَ ، فلا يَرْجِعُ بغيرِه ، ولأنَّه لو رَجَعَ بقِيمةِ المُتْلَفِ ، لرَجَعَ بمَهْرِ المِثْلِ كلِّه ، ولم[11] يَخْتَصَّ بنِصْفِه ؛ لأنَّ التَّلَفَ لم يختصَّ بالنِّصْفِ ، ولأنَّ شُهُودَ الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ إذا رَجَعُوا ، لَزِمَهُم نِصْفُ المُسَمَّى ، كذا هٰهُنا .

فصل : وكلُّ امرأةٍ تَحْرُمُ ابْنَتُها إذا أَرْضَعَتْ زَوْجَتَه الصغيرةَ ، أَفْسَدَتْ نِكاحَه ، وحَرَّمَتْها عليه ، ولَزِمَها نِصْفُ الصَّداقِ ، فإنْ أَرْضَعَتْها أُمُّه ، صارت أُخْتَه ، وإن أَرْضَعَتْها جَدَّتُه ، صارت عَمَّتَه أو خالَتَه ، [12]وإن أرْضَعَتْها بِنْتُه ، صارت بِنْتَ بِنْتِه[12] ، وإنْ أرْضَعَتْها أُخْتُه ، صارت بِنْتَ أُخْتِه . وكل امرأة تَحْرُمُ بِنْتُ زَوْجِها عليه[13] ، إذا أَرْضَعَتْها بلَبَنِ زَوْجِها ، حَرَّمَتْها عليه ، وعليها نِصْفُ مَهْرِها ، كامرأةِ ابْنِه ، وامرأةِ أبيه ، وامرأةِ أخِيه ، وامرأةِ جَدِّه ؛ لأنَّها إن أَرْضَعَتْها امرأةُ أبيه بلَبَنِه ، صارت أخْتَه ، وإن أَرْضَعَتْها امرأةُ ابنِه ، صارت بِنْتَ ابْنِه ، وإن أرضَعَتْها امرأةُ أخِيه ، صارت بنتَ أخِيه ، وإن أَرْضَعَتْها امرأةُ جَدِّه بلَبَنِه ، صارت عَمَّتَه أو خالَتَه . وإن أَرْضَعَتْها امرأةُ أحدِ هؤلاءِ بلَبَنِ غيرِه ، لم تَحْرُمْ عليه ؛ لأنَّها صارتْ رَبِيبةَ زَوْجِها . وإن أرضعتها مَنْ لا تُحَرَّمُ بِنْتُها ، كعَمَّتِه وخالَتِه ، لم تُحَرِّمْها عليه . ولو تزَوَّجَ ابنةَ عَمِّه ، فأَرْضَعَتْ جَدَّتُهما أحَدَهما / صغيرًا ، انْفَسَخَ النكاحُ ؛ لأنَّها إن أَرْضَعَتِ الزَّوْجَ صارَ عَمَّ زَوْجَتِه ، وإن أَرْضَعَتِ الزَّوجةَ صارَتْ عَمَّةً[14] ، وإنْ أَرْضَعَتْهُما جميعًا صار كلُّ واحدٍ منهما عَمَّ الآخَرِ .

١٧٤/٨ظ

---

(١١) فى الأصل : « ولا » .

(١٢ - ١٢) سقط من : م .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) فى الشرح الكبير : « عمته » .

وإن تزوَّجَ بنْتَ عمَّتِه ، فأرْضَعَتْ جدَّتُهما أحَدَهما صغيرًا ، انْفَسَخَ النكاحُ ؛ لأنَّها إن أرضعتِ الزَّوجَ صار خالًا لها ، وإن أرْضَعتِ الزَّوجةَ صارتْ عَمَّتَه . وإن تزوَّجَ ابنةَ خالِه ، فأرْضَعَتْ جدَّتُهما[15] الزَّوْجَ صار عَمَّ زَوْجَتِه ، وإن أرْضَعَتْها[16] صارتْ خالَتَه . وإن تزوَّجَ ابنةَ خالَتِه[17] ، فأرْضَعتِ الزَّوجَ صار خالَ زَوْجَتِه ، وإن أرضعَتْها[18] صارتْ خالةَ زَوْجِها .

فصل : وإن تزوَّجَ كبيرةً ، ثم طَلَّقَها ، فأرْضَعَتْ صغيرةً بلَبَنِه ، صارتْ بِنْتًا له ، وإن أرضَعَتْها بلبنِ غيرِه صارت رَبيبةً ، فإن كان قد دَخَلَ بالكبيرةِ ، حَرُمَتِ الصغيرةُ على التَّأْبيدِ ، وإن كان لم يَدْخُلْ بها لم تَحْرُمْ[19] ؛ لأنَّها رَبيبةٌ لم يَدْخُلْ بأُمِّها . وإن تزوَّجَ صغيرةً ، ثم طَلَّقها ، فأرْضَعَتْها امرأةٌ ، حَرُمَتِ المُرْضِعةُ على التَّأْبيدِ ؛ لأنَّها من أُمَّهاتِ نِسائِه . وإن تزوَّجَ كبيرةً وصغيرةً ، ثم طَلَّقَ الصغيرةَ ، فأرْضَعَتْها الكبيرةُ ، حَرُمَتِ الكبيرةُ ، وانْفَسَخَ نِكاحُها ، فإنْ[20] كان لم يَدْخُلْ بها ، فلا مَهْرَ لها ، وله نِكاحُ الصَّغيرةِ ، وإن كان دَخَلَ بها ، فلها مَهْرُها ، وتَحْرُمُ هى والصَّغيرةُ على التَّأْبيدِ . وإن طَلَّقَ الكبيرةَ وحدَها قبلَ الرَّضاعِ ، فأرْضَعَتِ الصَّغيرةَ ، ولم يكُنْ دَخَلَ بالكبيرةِ ، ثَبَتَ نِكاحُ الصَّغيرةِ ، وإن كان دَخَلَ بها ، حَرُمَتِ الصغيرةُ ، وانْفَسَخَ نِكاحُها ، ويَرْجِعُ على الكبيرةِ بنِصْفِ صَداقِها . وإن طَلَّقَهما جميعًا ، فالحكمُ فى التَّحْريمِ على ما مَضَى . ولو تزوَّجَ رجلٌ كبيرةً ، وآخرُ صغيرةً ، ثم طَلَّقاهُما ، ونَكَحَ كُلُّ واحدٍ منهما زَوْجةَ الآخَرِ ، ثم أرْضَعَتِ[21] الكبيرةُ الصَّغيرةَ ، حَرُمَتْ عليهما الكبيرةُ ،

---

(15) فى م : « جدتها » .

(16) فى ا ، ب : « أرضعتهما » .

(17) فى الأصل : « خاله » .

(18) فى ب : « أرضعتهما » .

(19) فى ا زيادة : « عليه » .

(20) فى الأصل ب ، م : « وإن » .

(21) فى ب : « ارتضعت » .

وانْفَسَخَ نِكاحُها ، وإن كان زَوْجُ الصغيرةِ دَخَلَ بالكبيرةِ ، حَرُمَتْ عليه ، وانْفسَخَ نِكاحُها ، وإلَّا فلا .

فصل : وإن أرْضَعَتْ بنتُ الكبيرةِ الصَّغيرةَ ، فالحُكْمُ فى التَّحْريمِ والفَسْخِ حُكْمُ ما لو أرْضَعَتْها الكبيرةُ ؛ لأنَّها صارت جَدَّتَها ، والرجوعُ بالصَّداقِ على المُرْضِعةِ التى أفْسَدَتِ النكاحَ . وإن أرْضَعَتْها أُمُّ الكبيرةِ ، انْفَسَخَ نِكاحُهما معا ؛ لأنَّهما صارتا أُخْتَيْنِ ، فإن كان لم يَدْخُلْ بالكبيرةِ ، فله أن يَنْكِحَ مَنْ شاء منهما ، ويَرْجِعَ على المُرْضِعةِ بنِصْفِ صَدَاقِهِما ، وإن كان قد دَخَلَ بالكبيرةِ ، فله نِكاحُها ؛ لأنَّ الصغيرةَ لا عِدَّةَ عليها ، وليس له نِكاحُ الصَّغيرةِ حتى تَنْقَضِىَ عِدَّةُ الكبيرةِ ؛ / لأنَّها قد صارَتْ أُخْتَها ، فلا يَنْكِحُها فى عِدَّتِها . وكذلك الحكمُ إن أرْضَعَتْها جَدَّةُ الكبيرةِ ؛ لأنَّها تَصِيرُ عَمَّةَ الكبيرةِ أو خالَتَها ، والجمعُ بينهما مُحَرَّمٌ . وكذلك الحكمُ[22] إن أرْضَعَتْها أُخْتُها أو زوجةُ أخِيها بلَبَنِه ؛ لأنَّها صارتْ بِنتَ أُخْتِ الكبيرةِ أو بنتَ أخِيه . وكذلك إن أرْضَعَتْها بنتُ أخِيها أو بنتُ أُخْتِها . ولا يَحْرُمُ فى شىءٍ من هذا واحدةٌ منهنَّ[23] على التَّأْبِيدِ ؛ لأنَّه تَحْريمُ جَمْعٍ ، إلَّا إذا أرْضَعَتْها بنتُ الكبيرةِ وقد دَخَلَ بأُمِّها .

١٧٥/٨و

فصل : ومَنْ أفْسَدَ نِكاحَ امرأةٍ بالرَّضاعِ قبلَ الدُّخولِ ، غَرِمَ نِصْفَ صَداقِها ، وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، فنَصَّ[24] أحمدُ على أنَّه يُرْجَعُ عليه بالمَهْرِ كلِّه . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ المرأةَ تَسْتَحِقُّ المَهْرَ كلَّه على زَوْجِها ، فتَرْجِعُ بما لَزِمَه ، كنِصْفِ المَهْرِ فى غيرِ[25] المَدْخُولِ بها . والصَّحيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى ، أنَّه لا يَرْجِعُ على المُرْضِعَةِ بعدَ الدُّخولِ بشىءٍ ؛ لأنَّها لم تُقَرِّرْ على الزَّوجِ شيئًا ، ولم تُلْزِمْه إيَّاه ، فلم يَرْجِعْ عليها بشىءٍ ، كما لو أفْسَدَتْ نِكاحَ نَفْسِها ، ولأنَّه لو مَلَكَ الرُّجوعَ بالصَّداقِ بعدَ الدخولِ ، لَسَقَطَ إذا

---

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣) فى ب : « منهم » .

(٢٤) فى ا ، م : « ينص » .

(٢٥) سقط من : م .

كانت المرأةُ هى المُفْسِدَةَ للنِّكاحِ ، كالنِّصْفِ قبلَ الدُّخولِ ، ولأنَّ خُروجَ البُضْعِ من مِلْكِ الزَّوجِ غيرُ مُتقوَّمٍ ، على ما ذكرناه فيما مَضَى ، ولذلك لا يَجبُ مَهْرُ المِثْلِ ، وإنَّما رَجَعَ الزَّوجُ بنِصْفِ المُسَمَّى قبلَ الدُّخولِ ؛ لأنَّها قرَّرَتْه عليه ، ولذلك يَسْقُطُ إذا كانتْ هى المُفْسِدَةَ لنِكاحِها[٢٦] ، ولم يُوجَدْ ذلك هٰهُنا . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعىِّ . ولأنَّه لو رَجَعَ بالمَهْرِ بعدَ الدُّخولِ ، لم يَخْلُ إمَّا أن يكونَ رُجُوعُه ببَدَلِ البُضْعِ الذى فوَّتَتْه[٢٧] ، أو بالمَهْرِ[٢٨] الذى أدَّاه ، لا يجوزُ أن يكونَ ببَدَلِ البُضْعِ[٢٩] ؛ لأنَّه لو وَجَبَ بَدَلُه ، [٣٠]لوَجَبَ له[٣٠] على الزَّوجةِ إذا فاتَ بفِعْلِها أو بقَتْلِها ، ولَكان[٣١] الواجبُ له[٣٢] مَهْرُ مِثْلِها ، ولا يجوزُ أن يَجِبَ له بَدَلُ ما أدَّاه إليها لذلك ، ولأنَّها ما أوْجَبَتْه ، ولا لها أثرٌ فى إيجابِه ولا أدائِه [٣٣]ولا تَقْرِيرِه[٣٣] ، ولا نعلمُ بينهم خِلافًا فى أنَّها إذا أفْسَدَتْ نِكاحَ نَفْسِها بعدَ الدخولِ ، أنَّه لا يَسْقُطُ مَهْرُها ، ولا يَرْجِعُ عليها[٣٤] بشىءٍ إن كان[٣٥] أدَّاه إليها ، ولا فى أنَّها إذا أفْسَدَتْه قبلَ الدُّخولِ أنَّه يَسْقُطُ صَداقُها ، وأنَّه يَرْجِعُ عليها بما أعْطاها ، فلو دَبَّتْ صغيرةٌ إلى كبيرةٍ ، فارْتَضَعَتْ منها خَمْسَ رَضَعاتٍ وهى نائمةٌ ، وهما زَوْجَتَا رَجُلٍ ، انْفَسَخَ نكاحُ / الكبيرةِ ، وحَرُمَتْ على التَّأْبِيدِ ، فإن كان دَخَلَ بالكبيرةِ ، حَرُمَتِ الصغيرةُ ، وانْفَسَخَ نِكاحُها ، ولا مَهْرَ للصغيرةِ ؛ لأنَّها فَسَخَتْ نِكاحَ نَفْسِها ، وعليه مَهْرُ الكبيرةِ ، يَرْجِعُ به على الصغيرةِ ، عندَ أصحابِنا ، ولا يَرْجِعُ

٨/١٧٥ظ

(٢٦) فى ا ، ب ، م : « نكاحها » .
(٢٧) فى الأصل : « فوته » .
(٢٨) فى ب : « المهر » .
(٢٩) فى ب : « البعض » .
(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل .
(٣١) فى ب : « وكان » .
(٣٢) فى الأصل ، ب ، م : « لها » .
(٣٣ - ٣٣) فى م : « وتقريره » .
(٣٤) سقط من : الأصل .
(٣٥) سقط من : م .

به ، على ما اخْتَرْناه ، وإن لم يكُنْ دَخَلَ بالكبيرةِ ، فعليه نِصْفُ صَداقِها ، يَرْجِعُ به على مالِ الصغيرةِ ؛ لأنَّها فَسَخَتْ نِكاحَها . وإن ارْتضَعتِ الصَّغيرةُ منها رَضْعَتَيْنِ وهى نائمةٌ ، ثم انْتَبَهتِ الكبيرةُ ، فأتَمَّتْ لها ثلاثَ رَضَعاتٍ ، فقد حَصَلَ الفَسادُ بِفعْلِهما[36] ، فيتَقَسَّطُ[37] الواجِبُ عليهما ، وعليه مَهْرُ الكبيرةِ ، وثلاثةُ أعْشارِ مَهْرِ الصَّغيرةِ ، يَرْجِعُ به على الكبيرةِ ، وإن لم يكُنْ دَخَلَ بالكبيرةِ ، فعليه خُمْسُ مَهْرِها ، يَرْجِعُ به على الصَّغيرةِ . وهل يَنْفَسِخُ نِكاحُ الصغيرةِ ؟ على رِوايتَيْن .

فصل : وإن أفْسَدَ النكاحَ جماعةٌ ، تقَسَّطَ المَهْرُ عليهم ، فلو جاءَ خَمْسٌ ، فسَقَيْنَ زَوْجةً صغيرةً من لَبَنِ أُمِّ الزَّوْجِ خَمْسَ مَرَّاتٍ ، انْفَسَخَ نِكاحُها ، ولَزِمَهُنَّ نِصْفُ مَهْرِها بينَهُنَّ . فإن سَقَتْها واحدةٌ شَرْبَتَيْنِ ، وأخْرَى[38] ثَلاثًا ، فعلى الأُولَى الخُمْسُ ، وعلى الثانيةِ [39]خُمْسٌ وعُشْرٌ[39] . وإن سَقَتْها واحدةٌ شَرْبَتَينِ ، وسَقاها ثلاثٌ ثَلاثَ شَرباتٍ ، فعلى الأُولَى الخُمْسُ ، وعلى كلِّ واحدةٍ من الثَّلاثِ عُشْرٌ . وإن كان له ثلاثُ نِسْوَةٍ كِبارٌ ، وواحدةٌ صغيرةٌ ، فأرْضَعَتْ كلُّ واحدةٍ من الثَّلاثِ الصَّغيرةَ أرْبَعَ رَضَعاتٍ ، ثم حَلَبْنَ فى إناءٍ ، وسَقَيْنَه الصَّغيرةَ ، حَرُمَ الكِبارُ ، وانْفَسَخَ نِكاحُهُنَّ ، فإن لم يكُنْ دَخَلَ بهِنَّ ، فنِكاحُ الصَّغيرةِ ثابتٌ ، على إحدى الرِّوايتَيْنِ ، وعليه لكلِّ واحدةٍ منهنَّ ثُلُثُ صَدَاقِها ، تَرْجِعُ به على ضَرَّتَيْها ؛ لأنَّ فَسَادَ نِكاحِها حَصَلَ[40] بفِعْلِها وفِعْلِهما ، فسَقَطَ ما قابَلَ فِعْلَها ، وهو سُدُسُ الصَّداقِ ، وبَقِىَ عليه الثلثُ ، فرَجَعَ به على ضَرَّتَيْها ، فإن كان صَدَاقُهُنَّ مُتَساوِيًا ، سَقَطَ ، ولم يَجِبْ شىءٌ ؛ لأنَّه يتقاصُّ ما لَها على الزَّوجِ ، بما يَرْجِعُ به عليها ، إذ لا فائِدَةَ فى أن يَجِبَ لها عليه ما يَرْجِعُ به عليها ، وإن

---

(36) فى ب : « بفعلها » .

(37) فى ب : « فسقط » .

(38) فى ب : « والأخرى » .

(39–39) فى ب : « الخمس والعشر » .

(40) سقط من : الأصل .

كان مُخْتلِفًا ، وهو من جِنْسٍ واحِدٍ ، تَقاصًّا منه بقَدْرِ أقلِّهما ، ووَجَبتِ الفَضْلَةُ[41] لصاحِبِها ، وإن كان من أجْناسٍ ، ثَبتَ التَّراجُعُ ، على ما ذكَرْنا . وإن كان قد دَخَلَ بإحْدَى الكِبارِ ، حَرُمَتِ الصَّغيرةُ أيضًا ، وانْفَسَخَ نِكاحُها ، ووَجَبَ لها نِصْفُ صَداقِها ، تَرْجِعُ به عليهنَّ أثْلاثًا ، وللَّتى[42] دَخَلَ بها المَهْرُ كاملًا ، /وفى الرُّجُوعِ به ما أسْلَفْناه من الخِلافِ . وإن حَلَبْنَ فى إناءٍ ، فسَقَتْه إحْداهُنَّ الصغيرةَ[43] خَمْسَ مَرَّاتٍ ، كان صَدَاقُ ضَرَّاتِها يَرْجِعُ به عليها ، إن كان قبلَ الدُّخولِ بهِنَّ ؛ لأنَّها أفْسَدَتْ نِكاحَهُنَّ ، ويَسْقُطُ مَهْرُها إن لم يكُنْ دَخَلَ بها ، وإن كان دَخَلَ بها ، فلها مَهْرُها ، ولا تَرْجِعُ به على أحدٍ . وإن كانتْ كلُّ واحدةٍ من الكِبارِ أرْضَعَتِ الصَّغيرةَ خَمْسَ رَضعاتٍ ، حَرُمَ الثَّلاثُ ، فإن كان لم يَدْخُلْ بهنَّ ، فلا مَهْرَ لَهُنَّ عليه ، وإن كان دَخَلَ بهنَّ ، فعليه لكلِّ واحدةٍ مَهْرُها ، لا يَرْجِعُ به على أحدٍ ، وتَحْرُمُ الصَّغِيرةُ ، ويَرْجِعُ بما لَزِمَه من صَداقِها على المُرْضِعةِ الأُولَى ؛ لأنَّها التى حَرَّمَتْها عليه ، وفَسَخَتْ نِكاحَها . ولو أرْضَعَ الثَّلاثُ الصَّغيرةَ بلَبَنِ الزَّوجِ ، فأرْضَعَتْها كلُّ واحدةٍ رَضْعَتَيْنِ ، صارتْ بِنْتًا لزَوْجِها ، فى الصحيحِ ، ويَنْفَسِخُ نِكاحُها ، ويَرْجِعُ بنِصْفِ صَداقِها عليهنَّ ، على المُرْضِعَتَيْنِ[44] الأُولَيَيْنِ منه أرْبعةُ أخْماسِه ، وعلى الثالثةِ خُمْسُهُ ؛ لأنَّ رَضْعَتَها الأُولَى حَصَلَ بها التَّحْريمُ ، لِكَمالِ الخَمْسِ بها ، والثانيةُ لا أثَرَ لها فى التَّحْريمِ ، فلم يَجِبْ عليها بها شىءٌ ، ولا يَنْفَسِخُ نِكاحُ الأكابِرِ ، لأنَّهُنَّ لم يَصِرْنَ أُمَّهاتٍ لها . ولو كان لِامْرَأتِه الكبيرةِ خَمْسُ بَناتٍ ، لَهُنَّ لَبَنٌ ، فأرْضَعْنَ امرأتَه الصَّغيرةَ رَضاعًا تصيرُ به إحْداهُنَّ أُمًّا لها ، لَحَرُمَتْ أُمُّها ، وانْفَسَخَ نِكاحُها ، وهل يَنْفَسِخُ نِكاحُ الصَّغيرةِ ؟ على رِوَايتَيْنِ . وإن أرْضَعَتْ كلُّ واحدةٍ منهنَّ الصَّغيرةَ رَضْعةً ، فالصَّحيحُ أنَّ الكبيرةَ لا تَحْرُمُ بهذا ؛

١٧٦/٨ و

---

(٤١) فى م زيادة : « به » .

(٤٢) فى ب : « التى » . وفى م : « للتى » .

(٤٣) فى ا : « للصغيرة » .

(٤٤) فى ب : « المرضعين » .

لأنَّ كَوْنَها جَدَّةً يَنْبَنِى[٤٥] على كَوْنِ ابْنَتِها أُمًّا ، وما صارتْ واحـدةٌ من بَناتِهـا أُمًّـا ، ويَحْتَمِلُ أن تَحْرُمَ ؛ لأنَّه قد كَمَلَ لها من بَناتِها خَمْسُ رَضَعاتٍ . وكذلك الحُكْمُ لو أَرْضَعَتْها بِنْتُها رَضْعةً ، وبنتُ ابْنِها رَضْعةً ، وبناتُ بناتِها ثلاثَ رَضَعاتٍ . ولو كَمَلَ لها من زَوْجَتِه بلَبَنِه ومن أُمِّه وأُخْتِه وابْنَتِه وبنتِ[٤٦] ابْنِه خَمْسُ رَضَعاتٍ ، فعلَى الوَجْهين ؛ أصَحُّهما ، لا يَثْبُتُ تَحْرِيمُها . وفى الآخرِ ، يَثْبُتُ[٤٧] . فعلى هذا الوَجْهِ ، يَنْفَسِخُ نِكاحُها ، ويَرْجِعُ عليهِنَّ بما غَرِمَ من صَداقِها ، على قَدْرِ رَضاعِهِنَّ . فإن قيل : فلِمَ لا يَرْجِعُ عليهنَّ على عَدَدِ رُءُوسِهِنَّ ؛ لكَوْنِ الرَّضاعِ مُفْسِدًا ، فيَسْتَوِى قليلُه وكثيرُه ، كما لو طَرَحَ النَّجاسةَ جماعةٌ فى مائعٍ فى حالةٍ واحدةٍ ؟ قُلْنا : لأنَّ التَّحْريمَ يتَعَلَّقُ بعَدَدِ الرَّضَعاتِ ، فكان الضَّمانُ متعَلِّقًا بالعَدَدِ ، بخلافِ النَّجاسةِ / ، فإنَّ التَّنْجِيسَ لا يتعَلَّقُ بقَدْرٍ ، فيَسْتَوِى قليلُه وكثيرُه ؛ لكَوْنِ[٤٨] القليلِ والكثيرِ سواءً فى الإفْساهِ ، فنَظِيرُ ذلك أن يَشْرَبَ فى[٤٩] الرَّضْعةِ من إحْداهما أكثرَ ممَّا يَشْرَبُ من الأُخْرَى . ١٧٦/٨ظ

فصل : إذا كانتْ له زوجةٌ أَمَةٌ[٥٠] ، فأرْضَعَتْ امْرَأتَه[٥١] الصَّغيرةَ ، فحَرَّمَتْها عليه ، وفَسَخَتْ نِكاحَها ، كان ما لَزِمَه من صَداقِ الصَّغيرةِ له فى رَقَبةِ الأَمَةِ ؛ لأنَّ ذلك من جِنايَتِها . وإن أَرْضَعَتْها أُمُّ وَلَدِه ، أفْسَدَتْ نِكاحَها ، وحَرَّمَتْها عليه ؛ لأنَّها رَبِيبةٌ دَخَلَ بأُمِّها ، وتَحْرُمُ أُمُّ الوَلَدِ عليه أبدًا ؛ لأنَّها من أُمَّهاتِ نِسائِه ، ولا غَرامةَ عليها ؛ لأنَّها أفْسَدَتْ على سَيِّدِها ، فإن كان قد كاتَبَها ، رَجَعَ عليها ؛ لأنَّ المُكاتَبَةَ يَلْزَمُها أَرْشُ جِنايَتِها . وإن أَرْضَعَتْ أُمُّ وَلَدِه امرأةَ ابْنِه بلَبَنِه ، فَسَخَتْ نِكاحَها وحَرَّمَتْها عليه ؛ لأنَّها

---

(٤٥) فى ا ، ب ، م : « يبنى » .

(٤٦) فى م : « وابنة » .

(٤٧) فى ب : « ثبت » .

(٤٨) فى م : « ليكون » .

(٤٩) فى ب : « من » .

(٥٠) سقط من : ب .

(٥١) فى ا : « زوجته » .

صارَتْ أُخْتَه . وإن أَرْضَعَتْ زوجةَ أَبِيه بلَبَنِه ، حَرَّمَتْها عليه ؛ لأنَّها صارت بِنْتَ ابْنِه ، ويَرْجِعُ الأبُ على ابْنِه بأقَلِّ الأمْرَينِ ممَّا غَرِمَه[52] لِزَوْجَتِه أو قِيمَتِها ؛ لأنَّ ذلك من جِنايةِ أُمِّ وَلَدِه . وإن أَرْضَعَتْ واحدةً منهما بغيرِ لَبَنِ سَيِّدِها ، لم تُحَرِّمْها ؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما صارت بِنْتَ أُمِّ وَلَدِه .

١٣٧٤ ــ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ تَزَوَّجَ بِكَبِيرَةٍ وَصَغِيرَتَيْنِ ، فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَتَيْنِ ، حَرُمَتْ عَلَيْهِ الْكَبِيرَةُ ، وانْفَسَخَ نِكَاحُ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ لِلْكَبِيرَةِ ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ صَدَاقِ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا**)

أمَّا تَحْرِيمُ الكبيرةِ فلأنَّها صارتْ من أُمَّهاتِ النِّساءِ ، وأمَّا انْفِساخُ نِكاحِ الصَّغِيرَتَيْنِ ، فلأنَّهما صارتا أُخْتَيْنِ ، واجْتَمَعَتا فى الزَّوْجِيَّةِ ، فيَنْفَسِخُ نِكاحُهُما ، كما لو ارْتَضَعَتا[1] معًا ، ولا مَهْرَ للكبيرةِ ؛ لأنَّ الفَسادَ جاء من قِبَلِها ، ويَرْجِعُ عليها بنِصْفِ صَداقِ الصَّغِيرَتَيْنِ ؛ لأنَّها أفْسَدَتْ نِكاحَهما ، وله أن يَنْكِحَ مَنْ شاء منهما ؛ لأنَّ انْفِساخَ نكاحِهما للجَمْعِ ، ولا يُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا . وهذا على الرِّوايةِ التى قُلْنا : إنَّها إذا أرْضَعَتِ الصَّغِيرةَ ، اخْتَصَّ الفَسْخُ بالكبيرةِ . فأمَّا على الرِّوايةِ التى تقولُ : يَنْفَسِخُ نِكاحُهُما معًا . فإنَّه يَثْبُتُ نِكاحُ الأخيرةِ من الصَّغِيرَتَيْنِ ؛ لأنَّ الكبيرةَ لمَّا أرْضَعَتِ الأُولَى ، انْفَسَخَ نِكاحُهُما ، ثم أرْضَعَتِ[2] الأُخْرَى ، فلم تَجْتَمِعْ معهما فى النكاحِ ، فلم يَنْفَسِخْ نِكاحُها . فأمَّا إن كان دَخَلَ بالكبيرةِ ، حَرُمَتْ ، وحَرُمَتِ الصَّغِيرتانِ على التَّأْبِيدِ ؛ لأنَّهما رَبِيبَتانِ قد دَخَلَ بأُمِّهِما .

فصل : فإن أرْضَعَتِ الصَّغِيرَتَيْنِ أَجْنَبِيَّةٌ ، انْفَسَخَ نِكاحُهُما / أيضًا . وهذا قولُ أبى حنيفةَ والْمُزَنِىِّ ، وأحدُ[3] قَوْلَىِ الشافعىِّ ، وقال فى الآخرِ : يَنْفَسِخُ نِكاحُ

٩/١٧٧و

---

(٥٢) فى ب : « غرم » .

(١) فى الأصل : « ارتضعا » . وفى ب ، م : « أرضعتا » .

(٢) فى ا زيادة : « الثانية » .

(٣) فى ا : « وهو أحد » .

الأخيرةِ[٤] وحدَها ؛ لأنَّ سَبَبَ البُطْلانِ حَصَلَ بها ، وهو الجَمْعُ ، فأشْبَهَ ما لو تَزوَّجَ إحْدَى الأُخْتَيْنِ بعدَ الأُخْرَى . ولَنا ، أنَّه جامِعٌ بين الأُخْتَيْنِ فى النِّكاحِ ، فانْفَسَخَ نِكاحُهما ، كما لو أرْضَعَتْهما معًا ، وفارَقَ ما لو عَقَدَ على واحدةٍ بعدَ الأُخْرَى ، فإنَّ عَقْدَ الثانيةِ لم يَصِحَّ ، فلم يَصِرْ به جامِعًا بينهما ، وهٰهُنا حَصَلَ الجَمْعُ برَضاعِ الثانيةِ ، ولا يُمْكِنُ القولُ بأنَّه لم يَصِحَّ ، فحصَلَتا معًا فى نِكاحِه ، وهما أُخْتانِ لا مَحالَةَ .

فصل : وإن أرْضَعَتْهُما بنتُ الكبيرةِ ، فالحُكْمُ فى الفَسْخِ كما لو أرْضَعَتْهُنَّ[٥] الكبيرةُ نفسُها ؛ لأنَّ الكبيرةَ تَصِيرُ جَدّةً لهما ، ولكنَّ الرجوعَ يكونُ على المُرْضِعةِ المُفْسِدَةِ لِنكَاحِهِنَّ .

١٣٧٥ – مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ كُنَّ[١] الْأَصَاغِرُ ثَلَاثًا ، فَأَرْضَعَتْهُنَّ مُنْفَرِدَاتٍ ، حَرُمَتِ الْكَبِيرَةُ ، وانْفَسَخَ نِكَاحُ الْمُرْتَضِعَتَيْنِ[٢] أَوَّلًا ، وثَبَتَ نِكَاحُ آخِرِهِنَّ رَضَاعًا . فَإِنْ أَرْضَعَتْ إِحْدَاهُنَّ مُنْفَرِدَةً ، واثْنَتَيْنِ بَعْدَ ذٰلِكَ مَعًا ، حَرُمَتِ الْكَبِيرَةُ ، وانْفَسَخَ نِكَاحُ الْأَصَاغِرِ ، وتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَ مِنَ الْأَصَاغِرِ . وإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرُمَ الْكُلُّ عَلَيْهِ عَلَى الْأَبَدِ**)

إنَّما حَرُمَتِ الكبيرةُ ؛ لأنَّها صارتْ من أُمَّهاتِ النِّساءِ ، وانْفَسَخَ نِكاحُ المُرْضَعَتَيْنِ أوَّلًا ؛ لأنَّهما صارَتا أُخْتَيْنِ فى نِكاحِه ، وثَبَتَ نِكاحُ الأخِيرَةِ[٣] ؛ لأنَّ رَضاعَها بعدَ انْفِساخِ نِكاحِ الصَّغيرتَيْنِ اللَّتَيْنِ قَبْلَها ، فلم يُصادِفْ إخْوتُها جَمْعًا فى النِّكاحِ . وإن أرْضَعَتْ إحْداهُنَّ مُنْفَرِدَةً ، واثْنَتَيْنِ بعدَ ذلك معًا ، بأن تُلْقِمَ كلَّ واحدةٍ منهما ثَدْيًا ،

---

(٤) فى الأصل : « الصغيرة » . وفى م : « الآخرة » .
(٥) فى م : « أرضعته » .
(١) على لغة : « أكلونى البراغيث » .
(٢) فى ا : « المرضعتين » .
(٣) فى ا ، ب : « الآخرة » .

فيَمْتَصَّانِ معًا ، أو تَحْلِبَ من لَبَنِها فى إناءٍ فتَسْقِيَهما ، انْفَسَخَ نِكاحُ الجميعِ ؛ لأنَّهن صِرْنَ أخَواتٍ فى نِكاحِه ، وله أن يتزوَّجَ مَنْ شاءَ من الأصاغرِ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَهُنَّ تَحْريمُ جَمْعٍ ، لا تحريمُ تأبِيدٍ ، فإنَّهُنَّ رَبائِبُ[4] لم يَدْخُلْ بأُمِّهِنَّ . وإن دَخَلَ بالكبيرةِ ، حَرُمَ الكلُّ على الأبَدِ ؛ لأنَّهُنَّ رَبائبُ مَدْخُولٌ بأُمِّهِـنَّ . هذا على الرِّوايـةِ الأُولَـى . وعلى الأُخرَى ، لمَّا أرْضَعَتِ الأُولَى ، انْفَسَخَ نِكاحُها ونِكاحُ الكبيرةِ ؛ لأنَّهـا صارتْ أُمَّها ، واجْتَمَعَتا فى نِكاحِه ، ثم أرْضَعَتِ[5] الثانيةَ ، فلم يَنْفسِخْ نِكاحُها ؛ لأنَّها مُنْفَرِدةٌ بالرَّضاعِ [6] فى النكاحِ [6] ، فلمَّا أرْضَعَتِ الثالثةَ ، صارَتا أُخْتَيْنِ ، فانْفَسَخَ نِكاحُهما .

/ **فصل** : فإن أرْضَعَتْهُنَّ بنتُ الكبيرةِ ، فهو كما لو أرْضَعَتْهنَّ أُمُّها . وإنْ[7] كان لها ثلاثُ بناتٍ ، فأرْضَعَتْ كلُّ واحدةٍ منهنَّ زَوْجةً من الأصاغرِ ، حَرُمَتِ الكبيرةُ بإرْضاعِ أولادِهنَّ ، ويَرْجِعُ على مُرْضِعَتِها بما لَزِمَه من مَهْرِها ؛ لأنَّها أفْسَدَتْ نِكاحَها ، ولا يَنْفَسِخُ نِكاحُ الأصاغرِ ؛ لأنَّهُنَّ لم يَصِرْنَ أخواتٍ ، وإنَّما هُنَّ بَناتُ[8] خالاتٍ . وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، يَنْفَسِخُ نِكاحُ المُرْضَعَةِ الأُولَى ؛ لِاجْتِماعِها مع جَدَّتِها فى النكاحِ ، ويَثْبُتُ نِكاحُ الأخِيرَتينِ ، ويَرْجِعُ بما لَزِمَه من مَهْرِ التى فَسَدَ[9] نِكاحُها على التى أرْضَعَتْها . وإن كان دَخَلَ بالكبيرةِ ، حَرُمَ الكلُّ عليه على الأبَدِ ، ورَجَعَ على[10] كلِّ واحدةٍ بما لَزِمَه من مَهْرِ[11] التى أرْضَعَتْها . وإن قُلْنا : إنَّه يَرْجِعُ بمَهْرِ الكبيرةِ . رَجَعَ به على المُرْضِعـةِ الأُولَى ؛ لأنَّها التى أفْسَدَتْ نِكاحَها .

٨/١٧٧ ظ

---

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « ارتضعت » .

(٦ – ٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى م : « ولو » .

(٨) فى ب : « أمهات » .

(٩) فى ب : « أفسد » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل : « المهر » .

١٣٧٦ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَت امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ عَلَى الرَّضَاعِ ، حَرُمَ النِّكَاحُ إِذَا كَانَتْ مَرْضِيَّةً . وَقَدْ رُوِىَ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : إِنْ كَانَتْ مَرْضِيَّةً اسْتُحْلِفَتْ ، فَإِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً ، لَمْ يَحُلِ الْحَوْلُ حَتَّى تَبْيَضَّ ثَدْيَاهَا ، وَذَهَبَ فِى ذٰلِكَ إِلَى قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُمَا[١])

وجملةُ ذلك أنَّ شَهادَةَ المرأةِ الواحدةِ مَقْبُولةٌ فى الرَّضَاعِ ، إذا كانتْ مَرْضِيَّةً . وبهذا قال طَاوُسٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وابنُ أبى ذِئْب ، وسعيدُ بن عبد العزيزِ . وعن أحمد ، روايةٌ أُخرَى : لا يُقْبَلُ إلَّا شَهادَةُ امْرأتَيْنِ . وهو قولُ الحَكَمِ ؛ لأنَّ الرِّجَالَ أَكْمَلُ من النِّساءِ ؛ ولا يُقْبَلُ [٢]إلَّا شَهادَةُ[٢] رَجُلَيْنِ ، فالنِّساءُ أَوْلَى . وعن أحمدَ ، رِوايةٌ ثالثةٌ ، أنَّ شَهادَةَ المرأةِ الواحدةِ مَقْبُولَةٌ ، وتُسْتَحْلَفُ مع شَهادَتِها . وهو قولُ ابن عباسٍ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّ ابنَ عباسٍ قال ، فى امرأةٍ زَعَمَتْ أنَّها أرْضَعَتْ رَجُلًا وأهْلَه ، فقال : إن كانتْ مَرْضِيَّةً ، استُحْلِفَتْ ، وفارَقَ امْرَأَتَـه[٣] . وقـال : إن كانت كاذِبـةً ، لم يَحُـلِ الحَوْلُ حتى تَبْيَضَّ ثَدْياها[٤] . يعنى يُصِيبُها فيها بَرَصٌ ، عُقُوبةً على كَذِبِها . وهذا لا يَقْتَضِيه قِياسٌ ، ولا يَهْتَدِى إليه رأىٌ ، فالظَّاهرُ أنَّه لا يَقُولُه إلَّا تَوْقِيفًا . وقال عطاءٌ ، وقَتادةُ ، والشافعىُّ : لا يُقْبَلُ من النِّساءِ أقَلُّ من أرْبَعٍ ؛ لأنَّ كلَّ امرأتينِ كرَجُلٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا يُقْبَلُ فيه إلَّا رَجُلان ، أو رَجُلٌ وامْرأتانِ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : / ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾[٥] . ولَنا ، ما رَوَى عُقْبَـةُ بن الحارثِ ، قال : تَزَوَّجْتُ أُمَّ يحيى بنتَ أبى إهابٍ ، فجاءت أمَةٌ سَوْداءُ ، فقالت : قد أرْضَعْتُكُما . فأتَيْتُ النَّبىَّ ﷺ ، فذكَرْتُ

١٧٨/٨ و

(١) فى الأصل ، ا ، ب : « عنه » .

(٢ – ٢) سقط من : ب .

(٣) فى الأصل : « أهله » .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٤٨٢ ، ٤٨٣ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

ذلك له ، فقال : « وَكَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمَتْ ذٰلِكَ ! » . مُتَّفَقٌ عليه[٦] . وفى لفظٍ رواه النَّسائِيُّ ، قال : فأتَيْتُه من قِبَلِ وَجْهِه ، فقلتُ : إنَّها كاذِبَةٌ . قال : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمتْ أنَّها قَدْ أرْضَعَتْكُما ! خَلِّ سَبِيلَهَا » . وهذا يَدُلُّ على الاكْتِفاءِ بالمَرْأةِ الواحدةِ . وقال الزُّهْرِىُّ : فُرِّقَ بين أهلِ أبْياتٍ فى زَمَنِ عُثْمانَ بشَهادةِ امرأةٍ فى الرَّضاعِ[٧] . وقال الأوْزاعِىُّ : فَرَّقَ عثمانُ بينَ أربعةٍ وبينَ نِسائِهِم ، بشهادةِ امرأةٍ واحدةٍ[٨] فى الرَّضاعِ[٧] . [٩]وقال الشَّعْبِىُّ : كانت القُضاةُ يُفرِّقون[١٠] بينَ الرجلِ والمرأةِ ، بشهادةِ امرأةٍ واحدةٍ فى الرَّضاعِ[٩] . ولأنَّ هذا شَهادَةٌ على عَوْرَةٍ ، فيُقْبَلُ[١١] فيه[١٢] شَهادةُ النِّساءِ المُنْفَرِداتِ ، كالولادَةِ . وعلى الشافعىِّ ، بأنَّه مَعْنًى يُقْبَلُ فيه قولُ النِّساءِ المُنْفَرِداتِ ، فيُقْبَلُ[١٣] فيه شهادةُ[١٤] المرأةِ المُنْفَرِدةِ ، كالخَبَرِ .

فصل : ويُقْبَلُ فيه شهادَةُ[١٤] المُرْضِعةِ على فِعْلِ نَفْسِها ؛ لما ذَكَرْنا من حديثِ عُقْبةَ ، [١٥]من أنَّ[١٥] الأمَةَ السَّوْداءَ قالتْ : قد أرْضَعْتُكُما . فقَبِلَ النَّبِىُّ ﷺ شهادَتَها . ولأنَّه فِعْلٌ لا يَحْصُلُ لها به نَفْعٌ مَقْصُودٌ ، ولا تَدْفَعُ عنها به ضَرَرًا ، فقُبِلَتْ شَهادَتُها به ، كفِعْلِ غيرِها . فإن قيل : فإنَّها تَسْتَبِيحُ الخَلْوةَ به ، والسَّفَرَ معه ، وتَصِيرُ مَحْرَمًا له . قُلْنا : ليس هذا من الأُمورِ المَقْصُودةِ ، التى تُرَدُّ بها الشَّهادةُ ، ألَا تَرَى أنَّ

---

(٦) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٣١٠ .

(٧) أخرجه ، عن الزهرى ، عبد الرزاق ، فى : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٨٢/٧ .

(٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٩ - ٩) سقط من: الأصل . نقل نظر .

(١٠) فى م : « تفرق » .

(١١) فى م : « فقبل » .

(١٢) فى م : « فيها » .

(١٣) فى ا ، م : « فقبل » .

(١٤ - ١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥ - ١٥) فى ا : « ولأن » .

رَجُلَيْنِ لو شَهِدَا أنَّ فُلانًا طَلَّقَ زَوْجَته ، وأعْتَقَ أمَتَه ، قُبِلَتْ[١٦] شَهادتُهما ، وإن كان يَحِلُّ لهما نِكاحُهما بذلك .

فصل : ولا تُقْبَلُ الشَّهادةُ على الرَّضاعِ إلَّا مُفسَّرَةً ، فلو قالتْ : أشْهَدُ أنَّ هذا ابنُ هذه من الرَّضاعِ . لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّ الرَّضاعَ المُحَرِّمَ يَخْتَلِفُ الناسُ فيه ، منهم مَن يُحَرِّمُ بالقليلِ[١٧] ، ومنهم مَن يُحَرِّمُ بعدَ الحَوْلَيْنِ ، فلَزِمَ الشاهِدَ تَبْيِينُ كَيْفِيَّتِه ، لِيَحْكُمَ الحاكمُ فيه باجْتِهادِه ، فيَحْتاجُ الشَّاهِدُ أن يَشْهَدَ أنَّ هذا ارْتَضَعَ من ثَدْيِ هذه خَمْسَ رَضَعاتٍ مُتَفَرِّقاتٍ[١٨] ، خَلَصَ اللَّبَنُ فِيهِنَّ[١٩] إلى جَوْفِه ، فى الحَوْلَيْنِ . فإن قيلَ : خُلُوصُ اللَّبَنِ إلى جَوْفِه لا طَرِيقَ لهم[٢٠] إلى مُشاهَدَتِه ، فكيف تجوزُ الشَّهادَةُ ؟ قلنا : إذا عَلِمَ أنَّ هذه / المرأةَ ذاتُ لَبَنٍ ، ورَأَى الصَّبِيَّ قد الْتَقَمَ ثَدْيَها ، وحَرَّكَ فَمَه فى الامْتِصاصِ ، وحَلْقَه فى[٢١] الاجْتِراعِ ، حَصَلَ ظَنٌّ يَقْرُبُ إلى الْيَقِينِ أنَّ اللَّبَنَ قد وَصَلَ إلى جَوْفِه ، وما يَتَعَذَّرُ الوُقُوفُ عليه بالمُشاهَدةِ ، اكْتُفِىَ فيه بالظَّاهِرِ[٢٢] ، كالشَّهادَةِ بالمِلْكِ ، وثُبُوتِ الدَّيْنِ فى الذِّمَّةِ ، والشَّهادَةِ على النَّسَبِ بالاسْتِفاضَةِ . ولو قال الشاهِدُ : أدْخَلَ رَأْسَه تحتَ ثِيابِها ، والْتَقَمَ ثَدْيَها . لا[٢٣] يُقْبَلُ ؛ لأنَّه قد يُدْخِلُ رأسَه ولا يَأْخُذُ الثَّدْىَ ، وقد يأخذُ الثَّدْىَ ولا يَمُصُّ ، فلا بُدَّ من ذِكْرِ ما يَدُلُّ عليه . وإن قال : أشْهَدُ أنَّ هذه أرْضَعَتْ هذا . فالظَّاهِرُ أنَّه يُكْتَفَى به[٢٤] فى ثُبُوتِ أصْلِ الرَّضاعِ ؛ لأنَّ المرأةَ التى قالتْ : قد أرْضَعْتُكُما . اكْتُفِىَ بقَوْلِها .

١٧٨/٨ ظ

---

(١٦) فى م : « قبل » .

(١٧) فى ب : « القليل » .

(١٨) فى ا : « منفردات » .

(١٩) سقط من : ا .

(٢٠) فى م : « له » .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) فى م : « بالظاهرة » .

(٢٣) فى ا : « لم » .

(٢٤) سقط من : م .

١٣٧٧ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا تزوَّجَ امْرَأةً[١] ، ثُمَّ قَالَ قَبْلَ الدُّخولِ : هِيَ أُخْتِي مِنَ الرَّضَاعةِ . انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، فَإنْ صَدَّقَتْهُ الْمَرْأةُ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا[٢] ، وإنْ أَكْذَبَتْهُ[٣] ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ)

وجملتُه أنَّ الزَّوْجَ إذا أقَرَّ أنَّ زَوْجَتَه أُخْتُه من الرَّضاعةِ[٤] ، انْفَسَخَ نِكاحُه ، ويُفرَّقُ بينهما . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا قال : وَهِمْتُ ، أو أخْطَأْتُ . قُبِلَ قولُه ؛ لأنَّ قولَه ذلك يتَضَمَّنُ أنَّه لم يَكُنْ بينهما نِكاحٌ ، ولو جَحَدَ النِّكاحَ ، ثم أقَرَّ به ، قُبِلَ ، كذلك[٥] هٰهُنا . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بما يتَضَمَّنُ تَحْرِيمَها عليه ، فلم يُقْبَلْ رُجُوعُه عنه ، كما لو أقَرَّ بالطَّلاقِ ثم رَجَعَ ، أو أقَرَّ أنَّ أمَتَه أُخْتُه من النَّسَبِ ، وما قاسُوا عليه غيرُ مُسَلَّمٍ ، وهذا الكلامُ فى الحُكْمِ ، فأمَّا فيما بَيْنَه وبينَ رَبِّه ، فيَنْبَنِى ذلك على عِلْمِه بصِدْقِه ، [٦]فإن عَلِمَ[٦] أنَّ الأمْرَ كما قال ، فهى مُحَرَّمةٌ عليه ، ولا نِكاحَ بينهما ، وإن عَلِمَ كَذِبَ نَفْسِه ، فالنِّكاحُ باقٍ بحالِه ، وقولُه كَذِبٌ لا يُحَرِّمُها عليه ؛ لأنَّ المُحَرِّمَ حَقِيقةُ الرَّضاعِ ، لا القَوْلُ . وإن شَكَّ فى ذلك ، لم تَزُلْ عن اليَقِينِ بالشَّكِّ . وقِيلَ فى حِلِّها له إذا عَلِمَ كَذِبَ نَفْسِه رِوَايتان . والصَّحيحُ ما قُلْناه ؛ لأنَّ قَوْلَه ذلك إذا كان كَذِبًا ، لم يُثْبِتِ التَّحْريمَ ، كما لو قال لها وهى أكْبَرُ منه : هى ابْنَتِى من الرَّضاعةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إن كان قبلَ الدُّخولِ ، وصَدَّقَتْه المرأةُ ، فلا شيءَ لها ؛ لأنَّهما اتَّفَقا على أنَّ[٧] النِّكاحَ فاسدٌ من أصْلِه[٨] ، لا يُسْتَحَقُّ فيه مَهْرٌ ، فأشْبَهَ ما لو ثَبَتَ ذلك ببَيِّنَةٍ ، وإن أكْذَبَتْه ، فالقولُ

---

(١) فى ب : « بامرأة » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ا ، ب ، م : « كذبته » .

(٤) فى ا : « الرضاع » .

(٥) فى ا زيادة : « أيضا » .

(٦ – ٦) فى ب : « فإنه أعلم » .

(٧) سقط من : ب ، م .

(٨) سقط من : ب .

١٧٩/٨و قولُها ؛ لأنَّ قولَه غيرُ مَقْبُولٍ عليها فى إسْقاطِ[٩] حُقُوقِها ، فلَزِمَه إقْرارُه / فيما هو حَقٌّ له ، وهو تَحْرِيمُها عليه ، وفَسْخُ نِكَاحِه ، ولم يُقْبَلْ قولُه فيما عليه من الْمَهْرِ .

فصل : وإن قال : هى عَمّتِى ، أو خالَتِى أو ابْنَةُ أخِي أو أُخْتِى أو أُمِّى من الرَّضَاعِ . وأمْكَن صِدْقُه ، فالحكمُ فيه كما لو قال : هى أُخْتِى . وإن لم يُمْكِنْ صِدْقُه ، مثل أن يقولَ لأصْغَرَ منه أو لمثله : هذه[١٠] أُمِّى . أو لأكْبَرَ منه أو لِمثْلِه[١١] : هذه ابْنَتِى . لم تَحْرُمْ عليه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : تَحْرُمُ عليه ؛ لأنَّه أقَرَّ[١٢] بما يُحَرِّمُها عليه ، فوَجَبَ أن يُقْبَلَ ، كما لو أمْكَنَ . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بما تحقَّقَ[١٣] كَذِبُه فيه ، فأشْبَهَ ما لو قال : أرْضَعَتْنِى وإيَّاها حَوَّاءُ . أو كما لو قال : هذه حَوَّاء . وما ذكَرُوه مُنْتَقِضٌ بهذه الصُّوَرِ ، ويُفارِقُ ما[١٤] إذا أمْكَنَ ، فإنَّه لا يَتَحقَّقُ كَذِبُه ، والحكمُ فى الإقْرارِ بقَرابةٍ من النَّسَبِ تُحَرِّمُها عليه ، كالحُكْمِ فى الإقْرارِ بالرَّضَاعِ ؛ لأنَّه فى معناه .

فصل : إذا ادَّعَى أنَّ زَوْجَته أخْتُه من الرَّضاعِ ، فأنْكَرَتْه ، فشَهِدَتْ بذلك أُمُّه أو ابْنَتُه ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما ؛ لأنَّ شَهادَةَ الوالدةِ لوَلَدِها [١٥]والوَلَدِ لوَالِده[١٥] غيرُ مَقْبُولةٍ . وإن شَهِدَتْ بذلك أُمُّها أو ابْنَتُها ، قُبِلَتْ . وعنه ، لا يُقْبَلُ ؛ بناءً على شَهادةِ الوالِدِ على ولَدِه والولدِ على والِده . وفى ذلك رِوَايتان . وإن ادَّعَتْ ذلك المرأةُ ، وأنْكَرَه الزَّوجُ ، فشَهِدَتْ لها أُمُّها أو ابْنَتُها ، لم تُقْبَلْ ، وإن شَهِدَتْ لها أُمُّ الزَّوجِ أو ابنتُه ، فعلى رِوَايتَيْن .

١٣٧٨ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَتِ الْمَرْأةُ هِيَ الَّتِي قَالَتْ : هُوَ أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ . فَأَكْذَبَها ، ولَمْ تَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى ما وَصَفَتْ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ فِي الحُكْمِ)

---

(٩) فى ب : « سقوط » .

(١٠) فى م : « هى » .

(١١) فى ا : « مثله » .

(١٢) فى ا ، م : « إقرار » .

(١٣) فى الأصل : « يتحقق » .

(١٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٥ – ١٥) فى م : « والوالد لولده » .

وجملتُه أنَّ المرأةَ إذا أقرَّتْ أنَّ[1] زَوْجَها أخُوها من الرَّضاعةِ ، فأكْذَبَها ، لم يُقْبَلْ قولُها فى فَسْخِ النِّكاحِ ؛ لأنَّه حَقٌّ عليها ، فإن كان قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّها تُقِرُّ بأنَّها لا تَسْتَحِقُّه ، فإن كانتْ قد قَبَضَتْه ، لم يكُنْ للزَّوْجِ أخْذُه منها ؛ لأنَّه يُقِرُّ بأنَّه حَقٌّ لها ، وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، فأقَرَّتْ أنَّها كانت عالِمةً بأنَّها أُخْتُه وبتَحْرِيمِها[2] عليه ، ومُطَاوِعةً له فى الوَطْءِ ، فلا مَهْرَ لها أيضًا ، لإقْرارِها بأنَّها زانِيةٌ مُطاوِعةٌ ، وإن أنْكَرَتْ شيئًا من ذلك ، فلها المَهْرُ ؛ لأنَّه وَطْءٌ بشُبْهَةٍ ، وهى زَوْجَتُه فى ظاهِرِ الحُكْمِ ؛ لأنَّ قَوْلَها عليه[3] غيرُ مَقْبُولٍ ، فأمَّا فيما[1] بينَها وبينَ اللهِ تعالى / ، فإن عَلِمَتْ صِحَّةَ ما أقَرَّتْ به ، لم يَحِلَّ لها مُساكَنَتُه وتَمْكِينُه من وَطْئِها ، وعليها أن تَفِرَّ منه ، وتَفْتَدِىَ نَفْسَها بما أمْكَنَها ؛ لأنَّ وَطْأَه لها زِنًى ، فعليها التَّخَلُّصُ منه مَهْما أمْكَنَها ، كما قُلْنا فى التى عَلِمَتْ أنَّ زَوْجَها طَلَّقَها ثلاثًا ، وجَحَدَها ذلك . وينبغى أن يكونَ الواجبُ لها من المَهْرِ بعدَ الدُّخولِ أقَلَّ الأمْرَيْنِ من المُسَمَّى أو مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه إن كان المُسَمَّى أقَلَّ ، فلا يُقْبَلُ قولُها فى وُجُوبِ زائِدٍ عليه ، وإن كان الأقَلُّ مَهْرَ المثلِ ، لم تَسْتَحِقَّ أكثرَ منه ؛ لاعْتِرافِها بأنَّ اسْتِحْقاقَها له بوَطْئِها لا بالعَقْدِ ، فلا تَسْتَحِقُّ أكثرَ منه . وإن كان إقرارُها بأُخُوَّتِه قبلَ النِّكاحِ ، لم يَجُزْ لها نِكاحُه ، ولا يُقْبَلُ رُجُوعُها عن إقْرارِها ، فى ظاهِرِ الحُكْمِ ؛ لأنَّ إقْرارَها لم يُصادِفْ زَوْجِيَّةً عليها يُبْطِلُها ، فقُبِلَ إقرارُها على نَفْسِها بتَحْرِيمِه عليها . وكذلك لو أقَرَّ الرَّجُلُ أنَّ هذه أُخْتُه من الرَّضاعِ ، أو مُحَرَّمةٌ عليه برَضاعٍ أو غيرِه ، وأمْكَن صِدْقُه ، لم يَحِلَّ له تَزَوُّجُها[4] فيما بعدَ ذلك ، فى ظاهِرِ الحُكْمِ ، وأمَّا فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فيَنْبَنِى على عِلْمِه بحَقِيقةِ الحالِ ، على ما ذكَرْناه .

فصل : وإن ادَّعَى أحدُ الزَّوْجَيْنِ على الآخرِ ، أنَّه أقَرَّ أنَّه[5] أخُو صاحِبِه من

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « وتحريمها » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) فى ا ، ب : « تزويجها » .

(٥) سقط من : م .

الرَّضَاعِ ، فأنكَرَ ، لم يُقَبَلْ فى ذلك شَهادَةُ النِّساءِ المُنْفَرداتِ ؛ لأنَّها شهادةٌ على الإقْرارِ ، والإقْرارُ ممَّا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ ، فلم يحْتَجْ فيه إلى شَهادَةِ النِّساءِ المُنْفَرِداتِ ، فلم يُقْبَلْ ذلك ، بخِلافِ الرَّضاعِ نَفْسِه .

فصل : كَرِهَ أبو عبدِ الله الارْتِضاعَ بلَبَنِ الفُجُورِ والمُشْرِكاتِ . وقال عمرُ بن الخطابِ ، وعمرُ بن عبد العزيز ، رَضِىَ الله عنهما : اللَّبَنُ يُشْبِهُ[٦] ، فلا تَسْقِ[٧] من يَهُودِيَّةٍ ولا نَصْرانِيَّةٍ ولا زَانِيَةٍ[٨] . ولا يَقْبَلُ[٩] أهلُ الذِّمّةِ المُسْلِمةَ ، ولا يَرَى شُعُورَهُنَّ . ولأنَّ لَبَنَ الفاجرةِ رُبَّما أفْضَى إلى شَبَهِ المُرْضِعةِ فى الفُجُورِ ، ويَجْعَلُها أُمًّا لوَلَدِه ، فيَتَعَيَّرُ بها ، ويتَضَرَّرُ طَبْعًا وتَعَيُّرًا ، والارْتِضاعُ من المُشْرِكة يَجْعَلُها أُمًّا ، لها حُرْمةُ الأمِّ مع شِرْكِها ، ورُبَّما مالَ إليها فى مَحَبَّةِ دِينِها. ويُكْرَه الارْتِضاعُ بلَبَنِ الحَمْقاءِ ، كيلا يُشْبِهَها الوَلَدُ فى الحُمْقِ ، فإنَّه يُقال : إنَّ الرَّضاعَ يُغَيِّرُ الطِّباعَ . والله تعالى أعلمُ .

---

(٦) فى ا ، ب ، م : « يشتبه » .

(٧) فى ب ، م : « تستق » .

(٨) انظر : السنن الكبرى ٤٦٤/٧ ، وسنن سعيد بن منصور ١١٦/٢ .

(٩) من القبالة ، وهى استقبال الولد عند الولادة .

٨/١٨٠و

كتاب النَّفَقات

نَفَقةُ الزَّوْجةِ واجبةٌ بالكتابِ والسُّنَّةِ والإجْماعِ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ من سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا ءَاتَـٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءَاتَـٰهَا ﴾[1] . ومعنى : ﴿ قُدِرَ عَلَيْهِ ﴾ أى : ضُيِّقَ عليه . ومنه قولُه سبْحانه : ﴿ يَبْسُطُ ٱلرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ وَيَقْدِرُ ﴾[2] . أى : يُوَسِّعُ لِمَنْ[3] يَشاءُ ، ويُضَيِّقُ على مَنْ يشاء . وقال الله تعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِى أَزْوَٰجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[4] . وأمَّا السُّنَّةُ فما رَوَى جابرٌ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ خَطَبَ الناسَ ، فقال : « اتَّقُوا ٱللَّهَ فى النِّساءِ ، فَإِنَّهُنَّ عَوانٍ عِنْدَكُم ، أخذْتُمُوهُنَّ بأمَانةِ اللهِ واسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ [5]بِكَلِمةِ اللهِ[5] ، ولَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وكُسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوفِ » . رواه مسلمٌ ، وأبو داودَ[6] ، ورواه التِّرْمِذِىُّ[7] ، بإسنادِه عن عمرِو بن الأحْوَصِ ، وقال[8] : « ألا إنَّ لَكُم على نِسَائِكُم حَقًّا ، ولِنِسائِكُم عَلَيْكُمْ حقًّا ؛ فأمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ ، فَلَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُم مَنْ تَكْرَهُونَ ، وَلَا يَأْذَنَّ فى بُيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكْرَهُونَ ، أَلَا وحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أنْ

---

(١) سورة الطلاق ٧ .

(٢) سورة الرعد ٢٦ .

(٣) فى م : « على من » .

(٤) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٥ - ٥) فى ا : « بكلمات الله » . ولم يرد لفظ الجلالة فى : ب ، م .

(٦) تقدم تخريجه ، فى : ٥/١٥٦ .

(٧) فى : باب ما جاء فى حق المرأة على زوجها ، من أبواب الرضاع ، وفى : باب ومن سورة التوبة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٥ /١١١ ، ١١/٢٢٧-٢٣٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب حق المرأة على الزوج ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٥٩٤ .

(٨) سقطت الواو من : ب ، م .

تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِى كُسْوَتِهِنَّ وطَعَامِهِنَّ » . وقال : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ .
وجاءت هِنْدُ إلى رسولِ الله ﷺ فقالتْ : يا رَسُولَ الله ، إنَّ أبا سُفْيانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وليس يُعْطِينِى من النَّفَقةِ ما يَكْفِينِى ووَلَدِى . فقال : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عليه[9] . وفيه دلالةٌ على وُجُوبِ النَّفقةِ لها على زَوْجِها ، وأنَّ ذلك مُقَدَّرٌ بكِفَايَتِها ، وأنَّ نَفَقةَ ولَدِه عليه دُونَها مُقَدَّرٌ بكِفايَتِهم ، وأنَّ ذلك بالمَعْرُوفِ ، وأنَّ لها أن تأْخُذَ ذلك بنَفْسِها من غيرِ عِلْمِه إذا لم يُعْطِها إيَّاه . وأمَّا الإِجماعُ ، فاتَّفقَ أهلُ العلمِ على وُجُوبِ نَفَقاتِ الزَّوجاتِ على أزْواجِهِنَّ ، إذا كانوا بالِغينَ ، إلَّا النَّاشِزَ منهُنَّ . ذكَره ابنُ المُنْذِرِ ، وغيرُه . وفيه ضَرْبٌ من العِبْرةِ ، وهو أنَّ المرأةَ مَحْبُوسةٌ على الزَّوْجِ ، يَمْنَعُها من التَّصَرُّفِ والاكْتِسابِ ، فلا بُدَّ من أن يُنْفِقَ عليها ، كالعَبْدِ مع سيِّده .

١٨٠/٨ظ **١٣٧٩** ـ مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَه الله تعالى : (**وَعَلَى الزَّوْجِ / نَفقَةُ زَوْجَتِهِ ، مَالَا غِنَى[1] بِهَا عَنْهُ[2] ، وكُسْوَتُها**)

وجملةُ الأمرِ أنَّ المرأةَ إذا سَلَّمتْ نَفْسَها إلى الزَّوجِ ، على الوَجْهِ الواجبِ عليها ، فلها عليه جميعُ حاجَتِها ؛ من مَأْكولٍ ، ومَشْروبٍ[2] ، ومَلْبُوسٍ ، ومَسْكنٍ . قال أصحابُنا : ونَفَقَتُها مُعْتَبَرةٌ بحالِ الزَّوْجينِ جميعًا ؛ فإن كانا مُوسِرَيْنِ ، [3]فعليه لها[3] نفقةُ المُوسِرِينَ ،

---

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ١٠٣/٣ ، ٨٥/٧ . ومسلم ، فى : باب قضية هند ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٣٨/٣ ، ١٣٣٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٩/٢ ، ٢٦٠ . والنسائى ، فى : باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢١٦/٨ . وابن ماجه ، فى : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . والدارمى ، فى : باب فى وجوب نفقة الرجل على أهله ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٥٩/٢ .

(١) فى ا ، ب : « غناء » .

(٢) سقط من : ا .

(٣ - ٣) فى م : « فلها عليه » .

وإن كانا مُعْسِرَيْنِ ، فعليه نفقةُ المُعْسِرِينَ ، وإن كانا مُتَوَسِّطَيْنِ ، فلها عليه نفقةُ المُتَوَسِّطِينَ ، وإن كان[4] أحَدُهما مُوسِرًا ، والآخرُ مُعْسِرًا ، فعليه نفقةُ المُتوسِّطِينَ ، أَيُّهما كان المُوسِرَ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يُعْتَبَرُ حالُ المرأةِ على قَدْرِ كِفايَتِها ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[5] . والمَعْرُوفُ الكِفايةُ ، ولأنَّه سَوَّى بين النَّفقةِ والكُسْوَةِ ، والكُسْوةُ على قَدْرِ حالِها ، فكذلك النَّفقةُ ، وقال النَّبِيُّ ﷺ لهِنْد : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالْمَعْرُوفِ »[6] . فاعْتَبَرَ كِفَايَتَها دون حالِ زَوْجِها ، ولأنَّ نَفَقَتَها واجبةٌ لدَفْعِ حاجَتِها ، فكان الاعْتبارُ بما تَنْدَفِعُ به حاجَتُها ، دُونَ حَالِ مَن وَجَبَتْ عليه ، كَنَفَقَةِ المماليكِ ، ولأنَّه واجبٌ للمرأةِ على زَوْجِها بحُكْمِ الزَّوْجِيّةِ لم يُقَدَّرْ ، فكان مُعْتَبَرًا بها ، كمَهْرِها وكُسْوَتِها . وقال الشافعىُّ : الاعتبارُ بحالِ الزَّوجِ وَحْدَه ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ﴾[7] . ولَنا ، أنَّ فيما ذكَرْناه جَمْعًا بين الدَّلِيلَيْنِ ، وعَمَلًا بكِلَا النَّصَّيْنِ ، ورِعايةً لكِلَا الجانِبَيْنِ ، فيكونُ أَوْلَى .

فصل : والنَّفَقةُ مُقَدَّرةٌ بالكفايةِ ، وتَخْتَلِفُ باخْتلافِ مَنْ تَجِبُ له النَّفقةُ فى مِقْدارِها . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ . وقال القاضى : هى مُقدَّرةٌ بمقْدارٍ لا يَخْتَلِفُ فى القِلَّةِ والكَثْرةِ ، والواجبُ رِطْلانِ من الخُبْزِ فى كلِّ يومٍ ، فى حَقِّ المُوسِرِ والمُعْسِرِ ، اعْتبارًا بالكَفَّاراتِ ، وإنَّما يخْتلِفانِ فى صِفَتِه وجَوْدَتِه ؛ لأنَّ المُوسِرَ والمُعْسِرَ سَواءٌ فى قَدْرِ المأْكُولِ ، وما[8] تَقُومُ به البِنْيةُ ، وإنَّما يَخْتَلِفانِ فى جَوْدَتِه ، فكذلك النَّفقةُ الواجبةُ . وقال الشافعىُّ : نَفقةُ المُقْتِرِ مُدٌّ بمُدِّ النَّبِىِّ ﷺ لأنَّ[9] أقَلَّ ما يُدْفَعُ فى[9]

---

(٤) فى ا ، ب ، م : « كانا » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٨ .

(٧) سورة الطلاق ٧ .

(٨) فى الأصل ، م : « وفيم » . وفى ب : « أوما » .

(٩) سقط من : ب .

الكَفَّارة إلى الواحدِ مُدٌّ . والله سبحانه اعْتبرَ الكَفَّارةَ بالنَّفقةِ على الأهْلِ ، فقال سبحانه : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾[10] . وعلى المُوسِرِ مُدَّانِ ؛ لأنَّ أكثرَ ما أوْجَبَ الله سبحانه للواحدِ مُدَّيْنِ فى كَفَّارةِ الأَذَى ، وعلى المُتَوَسِّطِ مُدٌّ ونِصْفٌ ، نِصْفُ[11] نَفَقةِ / المُوسِرِ[12] ونِصْفُ نَفَقةِ الفَقِيرِ[13] . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ لهِنْد : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » . فأمَرَها بأَخْذِ ما يَكْفِيها من غيرِ تَقْدِيرٍ ، ورَدَّ الاجتهادَ فى ذلك إليها ، ومن المعْلومِ أن قَدْرَ كِفَايَتِها لا يَنْحصِرُ فى الْمُدَّيْنِ ، بحيث لا يَزِيدُ عنهما ولا يَنْقُصُ ، ولأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . وقال النَّبِىُّ ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُم رِزْقُهنَّ وكُسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوفِ »[14] . وإيجابُ أقَلَّ من الكِفايةِ من الرِّزْقِ تَرْكٌ للمَعْرُوفِ ، وإيجابُ قَدْرِ الكِفايةِ ، وإن كان أقَلَّ من مُدٍّ أو من رَطْلَىْ خُبْزٍ ، إنْفاقٌ[15] بالمَعْرُوفِ ، فيكونُ ذلك هو الواجبَ بالكِتَابِ والسُّنَّةِ . واعْتبارُ النَّفقةِ بالكَفَّارةِ فى القَدْرِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الكَفَّارةَ لا تختلفُ باليَسارِ والإعْسارِ ، ولا هى مُقَدَّرَةٌ بالكِفَايَةِ[16] ، وإنَّما اعْتَبرَها الشَّرْعُ بها فى الجِنْسِ دُونَ القَدْرِ ، ولهذا لا يَجِبُ فيها الأُدْمُ[17] .

فصل : ولا يجبُ فيها الحَبُّ . وقال الشافعىُّ : الواجبُ فيها الحَبُّ ، اعتبارًا بالإطْعامِ فى الكَفَّارةِ ، حتى لو دَفَعَ إليها دَقِيقًا أو سَوِيقًا أو خُبْزًا ، لم يَلْزَمْها قَبُولُه ، كما لا

---

(10) سورة المائدة 89 .

(11) فى م : « ونصف » .

(12) فى الأصل : « المعسر » .

(13) فى ا : « المقتر » .

(14) تقدم تخريجه فى : 5/156 .

(15) فى ا زيادة : « بالكفاية » .

(16) فى م : « بالكفارة » .

(17) الأدم : « ما يستمرأ به الخبز » .

يَلْزَمُ ذلك المسكينَ فى الكفَّارةِ . قال بعضُهم : يَجِىءُ على قولِ أصحابِنا ، أنَّه لا يجوزُ وإن تَرَاضَيا ؛ لأنَّه بَيْعُ حِنْطَةٍ بجِنْسِها[18] مُتَفاضِلًا . ولَنا ، قولُ ابن عباسٍ ، فى قوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . قال : الخُبْزُ والزَّيْتُ . وعن ابن عمرَ : الخبزُ والسَّمْنُ ، والخبزُ والزيتُ ، والخبزُ والتمرُ ، ومن أفْضَلِ ما تُطْعِمُونهنَّ الخبزُ واللَّحْمُ . فَفسَّر إطعامَ الأهْلِ بالخُبْزِ مع غيرِه من الأُدْمِ . ولأنَّ الشرعَ وَرَدَ بالإنْفاقِ مُطْلَقًا من غيرِ تَقْييدٍ ولا تَقْدِيرٍ ، فوَجَبَ أن يُرَدَّ إلى العُرْفِ ، كما فى القَبْضِ والإحْرازِ ، وأهلُ العُرْفِ إنَّما يتعارَفُونَ فيما بينهم فى الإنْفاقِ على أَهْلِيهم الخُبْزَ والأُدْمَ ، دُونَ الحَبِّ ، والنَّبىُّ ﷺ وصحابَتُه إنَّما كانوا يُنْفِقُون ذلك ، دون ما ذكَرُوه ، فكان ذلك هو الواجبَ ، ولأنَّها نفقةٌ قَدَّرَها الشَّرعُ بالكِفَايةِ ، فكان الواجبُ الخُبْزَ ، كنَفَقةِ العَبيدِ[19] ، ولأنَّ الحَبَّ تَحْتاجُ فيه إلى طَحْنِه وخَبْزِه ، فمتى احْتاجَتْ إلى تَكَلُّفِ ذلك من مالِها لم تَحْصُلِ الكفايةُ بنَفَقتِه ، وفارَقَ الإطْعامَ فى[20] الكفَّارةِ ، فإنَّها[21] لا تُقَدَّرُ بالكِفايةِ ، ولا يجبُ فيها الأُدْمُ . فعلى هذا لو/ طَلَبَتْ مكانَ الخُبْزِ دَراهِمَ ، أو حَبًّا ، أو دَقِيقًا ، أو غيرَ ذلك ، لم يَلْزَمْه بَذْلُه ، ولو عَرَضَ عليها بَدَلَ الواجبِ لها ، لم يَلْزَمْها قَبُولُه ؛ لأنَّها مُعاوَضةٌ ، فلا يُجْبَرُ واحدٌ منهما على قَبُولِه[22] ، كالبَيْعِ . وإن تراضَيا على ذلك ، جازَ ؛ لأنَّه طعامٌ وَجَبَ فى الذِّمَّةِ ، لآدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ، فجازتِ المُعاوَضةُ عنه ، كالطَّعامِ فى القَرْضِ ، ويُفارِقُ الطَّعامَ فى الكَفَّارةِ ؛ لأنَّه حَقُّ اللهِ تعالى ، وليس هو لآدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ، فيَرْضَى بالعِوَضِ عنه . وإن أعْطاها مكانَ الخُبْزِ حَبًّا ، أو دقيقًا ، جاز إذا تراضَيا عليه ؛ لأنَّ هذا ليس بمُعاوَضةٍ حقيقةً ، فإنَّ الشارِعَ لم يُعَيِّنِ[23] الواجبَ بأكثرَ من الكِفايةِ ، فبأىِّ شىءٍ[24] حَصَلَتِ

181/8 ظ

---

(18) فى ا ، م : « بجنسهم » .

(19) فى م : « العبد » .

(20) فى م : « هم » خطأ .

(21) فى م : « لأنها » .

(22) فى ب : « قبولها » .

(23) فى ا ، م : « يعتبر » .

(24) سقط من : ب .

الكفايةُ ، كان ذلك هو الواجبَ ، وإنَّما صِرْنا إلى إيجابِ الخُبْزِ عندَ الاختلافِ ، لِتَرَجُّحِه بكَوْنِه القُوتَ المُعْتادَ .

فصل : ويُرْجَعُ فى تَقْدِيرِ الواجبِ إلى اجتهادِ الحاكمِ ، أو نائبِه ، إن لم يتَراضَيَا على شيءٍ ، فيَفْرِضُ للمرأةِ[25] قَدْرَ كِفايَتِها من الخُبْزِ والأُدْمِ ، فيَفْرِضُ للمُوسِرَةِ تحتَ المُوسِرِ[26] قَدْرَ حاجَتِها ، من أَرْفَعِ خُبْزِ البلدِ الذى يأْكُله أمثالُهما ، وللمُعْسِرَةِ تحتَ المُعْسِرِ قَدْرَ كِفَايَتِها ، من أَدْنَى خُبْزِ البَلَدِ ، وللمُتَوَسِّطةِ تحتَ المتوسِّطِ[27] من أَوْسَطِه ، لكل أحدٍ على حَسبِ حالِه ، على ما جَرَتْ به العادَةُ فى حَقِّ أمثالِه . وكذلك الأُدْمُ للمُوسِرَةِ تحتَ المُوسِرِ قدرَ حاجَتِها من أَرْفَعِ الأُدْمِ ، من اللَّحْمِ والأُرْزِ واللَّبَنِ ، وما يُطْبَخُ به اللَّحْمُ ، والدُّهْنُ على اختلافِ أنواعِه فى بُلْدانِه ؛ السمنُ فى موضعٍ ، والزيتُ فى آخرَ ، والشَّحْمُ[28] ، والشَّيْرَجُ[29] فى آخرَ . وللمُعْسِرةِ تحتَ المُعْسِرِ من الأُدْمِ أَدْوَنُه ، كالباقِلَّا ، والخَلِّ ، والبَقْلِ ، والكَامَخِ[30] ، وما جَرَتْ به عادةُ أمثالِهم ، وما يُحْتاجُ إليه من الدُّهْنِ ، وللمُتَوَسِّطةِ تحتَ المُتوسِّطِ أَوْسَطَ ذلك ، من الخُبْزِ ، والأُدْمِ ، كلٌّ على حَسبِ عادَتِه . وقال الشافعيُّ : الواجبُ من جِنْسِ قُوتِ البَلْدةِ[31] ، لا يَخْتَلِفُ باليَسارِ والإعْسارِ سِوَى المِقْدارِ . والأُدْمُ هو الدُّهْنُ خاصَّةً ؛ لأنَّه أَصْلَحُ للأبْدانِ ، وأَجْوَدُ [32]فى المُؤْنَةِ[32] ؛ لأنَّه لا يحتاجُ إلى طَبْخٍ وكُلْفةٍ ، ويُعْتَبرُ الأُدْمُ بغالبِ عادَةِ أهلِ البَلَدِ ، كالزَّيْتِ بالشامِ ، والشَّيْرَجِ بالعِراقِ ، والسَّمْنِ بخُرَاسانَ . ويُعْتَبرُ

---

(25) فى ا زيادة : « على » .

(26) سقط من : ا ، ب ، م .

(27) فى م : « المتوسطة » .

(28) سقط من : م .

(29) الشيرج : زيت السمسم .

(30) الكامخ : المخللات المشهية .

(31) فى ا ، ب : « البلد » .

(32-32) فى ا : « للمؤنة » .

قَدْرُ الأُدْمِ بالقُوتِ ، فإذا قيل : إنَّ الرَّطْلَ تَكْفِيه الأُوقِيَّةُ من الدُّهْنِ . فَرَضَ ذلك . / ١٨٢/٨و وفى كلِّ يومِ جُمُعةٍ رِطْلَ لَحْمٍ ، فإنْ[٣٣] كان فى مَوْضِعٍ[٣٤] يرْخُصُ اللَّحْمُ، زادَها على الرَّطْلِ شيئًا . وذكَرَ القاضى فى الأُدْمِ مثلَ هذا . وهذا مُخالِفٌ لقَوْلِ اللهِ سبحانه وتعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَـٰهُ اللَّهُ ﴾ . ولقولِ النَّبىِّ ﷺ : « ولَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . ومتى أنْفَقَ المُوسِرُ نفقةَ المُعْسِرِ ، فما أنْفَقَ من سَعَتِه ، ولا رَزَقَها بالمَعْرُوفِ . وقد فَرَّقَ اللهُ عز وجل بينَ المُوسِرِ والمُعْسِرِ فى الإنْفاقِ ، وفى[٣٥] هذا جَمْعٌ بين ما فَرَّقَ اللهُ تعالى ، وتَقْدِيرُ الأُدْمِ بما ذكَرُوه تَحكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ، وخِلافُ العادةِ والعُرْفِ بينَ النَّاسِ فى إنْفاقِهم ، فلا يُعَرَّجُ على مثلِ هذا ، وقد قال ابنُ عمرَ : من أفْضَلِ ما تُطعِمُونَ أهْلِيكم ، الخُبْزُ واللَّحم . والصحيحُ ما ذكَرْناه ، من رَدِّ النَّفقةِ المُطْلَقةِ فى الشَّرْعِ إلى العُرْفِ فيما بينَ النَّاس فى نَفَقاتِهم ، فى حَقِّ المُوسِرِ والمُعْسِرِ والمُتوسِّطِ ، كما رَدَدْناهُم فى الكُسْوَةِ إلى ذلك ، ولأنَّ النَّفقةَ من مُؤْنةِ المرأةِ على الزَّوْجِ ، فاخْتَلف جِنْسُها باليَسارِ[٣٦] والإعْسارِ ، كالكُسْوَةِ .

فصل : وحُكْمُ المُكاتَبِ والعَبْدِ حُكْمُ المُعْسِرِ ؛ لأنَّهما ليسا[٣٧] بأحْسَنَ حالًا منه . ومَنْ نِصْفُه حُرٌّ ، إن كان مُوسِرًا ، فحُكْمُه حكمُ المُتوسِّطِ ؛ لأنَّه مُتَوسِّطٌ ، نِصْفُه مُوسِرٌ ، ونصفُه مُعْسِرٌ .

فصل : ويجبُ للمرأةِ ما تَحْتاجُ إليه ، من المِشْطِ ، والدُّهْنِ لرَأْسِها ، والسِّدْرِ ، أو نحوِه ممَّا تَغْسِلُ به رَأْسَها ، وما يعودُ بنَظافتِها ؛ لأنَّ ذلك يُرادُ للتَّنْظِيفِ ، فكانَ عليه ، كما أنَّ على المُسْتأْجِرِ كَنْسَ الدارِ وتَنْظِيفَها . فأمَّا الخِضَابُ، فإنَّه إن لم يَطْلُبْه الزَّوجُ

---

(٣٣) سقط من : م .
(٣٤) سقط من : ب .
(٣٥) سقطت الواو من : م .
(٣٦) فى الأصل ، ا : « بإيساره » . وفى م : « بالإيثار » .
(٣٧) فى النسخ : « ليس » .

منها ، لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّه يُرادُ للزِّينةِ ، وإن طَلَبه منها ، فهو عليه . وأمَّا الطِّيبُ ، فما يُرادُ منه لقَطْعِ السُّهُولةِ ، كدَواءِ العَرَقِ ، لَزِمَه ؛ لأنَّه يُرادُ للتَّنْظِيفِ[٣٨] ، وما يُرادُ منه للتَّلَذُّذِ والاسْتِمْتاعِ ، لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّ الاسْتِمْتاعَ حَقٌّ له ، فلا يجبُ عليه ما يَدْعُوه إليه . ولا يجبُ عليه شِراءُ الأَدْوِيةِ ، ولا أجْرةُ الطَّبيبِ ؛ لأنَّه يرادُ لإِصْلاحِ الجِسْمِ ، فلا يلزمُه ، كما لا يَلْزَمُ المُسْتأجِرَ بِناءُ ما يَقَعُ من الدارِ ، وحِفْظُ أصُولِها ، وكذلك أجْرَةُ الحَجَّامِ والفاصِدِ .

فصل : وتجبُ عليه كُسْوَتُها ، بإجماعِ أهلِ العلمِ ؛ لما ذكَرْنا من النُّصوصِ ، ولأنَّها لابُدَّ منها على الدَّوامِ ، فلَزِمَتْه ، / كالنَّفقةِ ، وهى مُعْتَبَرةٌ بكِفايَتِها ، وليست مُقَدَّرةً بالشرعِ[٣٩] ، كما قُلْنا فى النَّفَقةِ . ووافَقَ أصحابُ الشافعيِّ على هذا ، ويُرْجَعُ فى ذلك إلى اجْتِهادِ الحاكِم ، فيَفْرِضُ لها على قَدْرِ كِفايَتِها ، على قَدْرِ يُسْرِهما وعُسْرِهما ، وما جَرَتْ عادةُ أمثالِهما به ، من الكُسْوةِ ، فيَجْتَهِدُ الحاكمُ فى ذلك عندَ نُزُولِ الأمرِ ، كنحوِ اجْتِهادِه فى المُتْعةِ للمُطَلَّقةِ ، وكما قُلْنا فى النَّفقةِ ، فيَفْرِضُ للمُوسِرَةِ تحتَ المُوسِرِ من أرْفَعِ ثيابِ البَلَدِ ، من الكَتَّانِ والخَزِّ والإِبْرِيسَمِ ، وللمُعْسِرَةِ تحتَ المُعْسِرِ ، غَلِيظَ[٤٠] القُطْنِ والكَتَّانِ ، وللمُتَوَسِّطةِ تحتَ المُتوسِّطِ ، المُتَوسِّطَ[٤١] من ذلك ، فأقَلُّ ما يجبُ من ذلك قَمِيصٌ ، وسَرَاوِيلُ ، ومِقْنَعةٌ ، ومَدَاسٌ ، وجُبَّةٌ للشِّتاءِ ، ويَزِيدُ من عَدَدِ الثِّيابِ ما جَرَتِ العادةُ بلُبْسِه ، ممَّا لا غِنَى عنه ، دُونَ ما للتَّجمُّلِ والزِّينةِ ، والأصلُ فى هذا قولُ اللهِ عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقولُ النَّبيِّ ﷺ : « ولَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وكُسْوَتُهُنَّ بالْمَعْرُوفِ » . والكُسْوةُ بالمعروفِ هى الكُسْوةُ التى جَرَتْ عادةُ أمثالِها بلُبْسِه ، وقولُ النَّبيِّ ﷺ لِهنْد : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » .

١٨٢/٨ ظ

(٣٨) فى م : « للتطيب » .

(٣٩) فى ب : « فى الشرع » .

(٤٠) فى ا : « غليظها » .

(٤١) سقط من : ب .

فصل : وعليه لها ما تحْتاجُ إليه للنَّوْمِ ، من الفِرَاشِ واللِّحافِ والوِسادَةِ ، كلٌّ[٤٢] على حَسبِ عادَتِه ؛ فإن كانتْ ممَّن عادَتُه النَّومُ فى الأَكْسِيةِ والبِساطِ ، فعليه لها لنَوْمِها ما جَرَتْ عادَتُهم به ، ولجُلوسِها بالنَّهارِ البِسَاطُ ، والزِّلِّىُّ[٤٣] ، والحَصِيرُ الرفيعُ أو الخَشِنُ ، المُوسِرُ على حسبِ يَسارِه[٤٤] ، والمعسرُ على قَدْرِ إعسارِه ، على حسبِ العَوائِد .

فصل : ويجبُ لها مَسْكنٌ ، بدليل قوله سبحانه وتعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾[٤٥] . فإذا وَجَبَتِ السُّكْنَى للمُطَلَّقةِ ، فلِلَّتِى[٤٦] فى صُلْبِ النكاحِ أَوْلَى ، قال الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[٤٧] . ومن المعروفِ أن يُسْكِنَها فى مَسْكَنٍ ، ولأنَّها لا تَسْتَغْنِى عن المَسْكَنِ للاسْتِتارِ عن العُيُونِ ، وفى التَّصرُّفِ ، والاسْتِمْتاعِ ، وحِفْظِ المَتاعِ ، ويكونُ المسكنُ على قَدْرِ يَسارِهما وإعْسارِهما ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ . ولأنَّه واجبٌ لها لمَصْلَحَتِها فى الدَّوامِ ، فجَرَى مَجْرَى النَّفقةِ والكُسْوَةِ .

فصل : فإن كانت المرأةُ ممَّن لا / تَخْدِمُ نَفْسَها ؛ لكَوْنِها من ذَوِى الأَقْدارِ ، أو مريضةً ، وجَبَ لها خادِمٌ ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . ومن العِشْرَةِ بالمعروفِ ، أن يُقِيمَ لها خادِمًا ، ولأنَّه ممَّا تحْتاجُ إليه فى الدَّوامِ ، فأشْبَهَ النَّفقةَ . ولا يجبُ لها أكثرُ من خادِمٍ واحدٍ ؛ لأنَّ المُسْتَحَقَّ خِدْمَتُها فى نَفْسِها ، ويَحْصُلُ ذلك بواحدٍ . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . إلَّا أنَّ مالكًا قال : إن كان لا يَصْلُحُ

١٨٣/٨و

---

(٤٢) فى ا زيادة : « ذلك » .

(٤٣) الزلى : نوع من البسط .

(٤٤) فى ب ، م : « إيساره » .

(٤٥) سورة الطلاق ٦ .

(٤٦) فى ب : « فالتى » .

(٤٧) سورة النساء ١٩ .

للمرأةِ[٤٨] إلَّا أكثرُ من خادِمٍ ، فعليه أن يُنْفِقَ على أكثرَ من واحِدٍ . ونحوَه قال أبو ثَوْرٍ : إذا احْتَمَلَ الزَّوْجُ ذلك ، فَرَضَ لخادِمَيْنِ . ولَنا ، أنَّ الخادِمَ الواحدَ يَكْفِيها لنَفْسِها ، والزِّيادةُ تُرادُ لحِفْظِ مِلْكِها ، أو للتَّجمُّلِ ، وليس عليه ذلك . إذا ثبت هذا ، فلا يكونُ الخادِمُ إلَّا ممَّن يَحِلُّ له النَّظَرُ إليها ، إمَّا امرأةٌ ، وإمَّا ذو رَحِمٍ مَحْرَمٌ ؛ لأنَّ الخادِمَ يَلْزَمُ المَخْدُومَ فى غالبِ أحْوالِه[٤٩] ، فلا يَسْلَمُ من النَّظَرِ . وهل يجوزُ أن يكونَ من أهلِ الكِتابِ ؟ فيه وَجْهان . الصَّحيحُ منهما جَوازُه ؛ لأنَّ اسْتِخدامَهُم مباحٌ ، وقد ذكَرْنا فيما مَضَى أنَّ الصحيحَ إباحةُ النَّظَرِ لهم . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ فى إباحةِ نَظَرِهم[٥٠] اخْتلافًا ، وتَعافُهم النَّفْسُ ، ولا يتَنَظَّفونَ من النَّجاسةِ ، ولا يلْزمُ الزَّوجَ أن يُمَلِّكَها خادِمًا ؛ لأنَّ المَقْصودَ الخِدْمةُ ، فإذا حَصَلَتْ من غيرِ تَمْليكٍ ، جاز كما أنَّه إذا أسْكَنها دارًا بأُجْرَةٍ جاز ، ولا يَلْزَمُه تَمْلِيكُها مَسْكنًا ، فإن مَلَّكَها الخادِمَ ، فقد زاد خيرًا ، وإن أخْدَمَها مَنْ يُلازِمُ خِدْمَتَها من غيرِ تمليكٍ ، جاز ، سَواءٌ كان له ، أو اسْتَأْجَرَه ، حُرًّا كان أو عَبْدًا . وإن كان الخادِمُ لها ، فرَضِيَتْ بخِدْمَتِه لها ، ونَفَقَتُه على الزَّوْجِ ، جاز . وإن طَلَبَتْ منه أجْرَ[٥١] خادِمِها فوافَقَها ، جاز . وإن قال : لا أُعْطِيكِ أجْرَ هذا ، ولكن أنا آتِيكِ بخادِمٍ سِواهُ . فله ذلك إذا أتاها بمَنْ يَصْلُحُ لها[٥٢] . وإن قالتْ : أنا أخْدِمُ نَفْسِى ، وآخُذُ أجْرَ[٥٣] الخادِمِ . لم يَلْزَمِ الزَّوجَ قَبُولُ ذلك ؛ لأنَّ الأجْرَ عليه ، فتَعْيِينُ الخادِمِ إليه ، ولأنَّ فى إخْدامِها تَوْفِيرَها على حُقُوقِه ، وتَرْفِيهَها ، ورَفْعَ قَدْرِها ، وذلك يَفُوتُ بخِدْمَتِها لنَفْسِها . وإن قال الزَّوجُ : أنا أخْدِمُكِ بنَفْسِى . لم يَلْزَمْها ؛ لأنَّها تَحْتَشِمُه ، وفيه غَضاضةٌ عليها ، لكَوْنِ زَوْجِها خادِمًا . وفيه وجهٌ آخرُ ، أنَّه يَلْزَمُها الرِّضَى به ؛ لأنَّ الكِفايةَ تَحْصُلُ به .

---

(٤٨) فى ا : « المرأة » .

(٤٩) فى ا : « أوقاته » .

(٥٠) فى ب : « نظرهما » .

(٥١) فى ا ، م : « أجرة » .

(٥٢) سقط من : ب ، م .

(٥٣) سقط من : ا ، ب ، م .

فصل : وعلى الزَّوْجِ نَفَقةُ الخادِمِ ، ومُؤْنَتُه من الكُسْوةِ والنَّفقةِ ، مثل ما لِامرأةِ المُعْسِرِ ، إلَّا أنَّه لا يجبُ لها المِشْطُ ، والدُّهْنُ لرأسِها ، والسِّدْرُ ؛ لأنَّ ذلك يُرادُ للزِّينةِ والتَّنظيفِ / ، ولا يُرادُ ذلك من الخادِمِ ، لكنْ إن احتاجَتْ إلى خُفٍّ لِتَخْرُجَ إلى شراءِ الحَوائجِ ، لَزِمَه ذلك . ١٨٣/٣ ظ

١٣٨٠ ـ مسألة ؛ قال : (**فَإنْ مَنَعَها** [1]**مَا يَجِبُ لَها**[1] ، **أوْ بَعْضَهُ ، وقَدَرَتْ لَهُ عَلَى مَالٍ ، أخَذَتْ مِنْهُ مِقْدارَ حَاجَتِهَا بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا قالَ النَّبِىُّ ﷺ لِهِنْدَ حِينَ قالَتْ**[2] : **إنَّ أبا سُفْيانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، ولَيْسَ يُعْطِينِى مِنَ النَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِى وَوَلَدِى . فَقَالَ : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »**[3])

وجملتُه أنَّ الزَّوْجَ إذا لم يَدْفَعْ إلى زوجتِه[4] ما يجبُ لها عليه من النَّفَقةِ والكُسْوةِ ، أو دَفَعَ إليها أقَلَّ من كِفايتِها ، فلها أن تأْخُذَ من مالِه الواجبَ أو تَمامَه ، بإذْنِه وبغيرِ إذْنِه ؛ بدليلِ قولِ النَّبىِّ ﷺ لِهنْد : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » . وهذا إذنٌ لها فى الأخْذِ من مالِه بغيرِ إذْنِه ، [5]وردٌّ لها[5] إلى اجتهادِها فى قَدْرِ كِفايتِها وكفايةِ ولَدِها ، وهو مُتناوِلٌ لأخْذِ تَمامِ الكفايةِ ، فإنَّ ظاهِرَ الحديثِ دَلَّ على أنَّه قد كان[6] يُعْطِيها بعضَ الكِفايةِ ، ولا يُتَمِّمُها لها ، فرخَّصَ النَّبِىُّ ﷺ لها فى أخْذِ تَمامِ الْكِفايةِ بغيرِ عِلْمِه ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجةٍ، فإنَّ النَّفَقةَ لا غِنًى عنها ، ولا قَوامَ إلَّا بها ، فإذا لم يَدْفَعْها الزَّوْجُ ولم تأْخُذْها ، أفْضَى إلى ضَياعِها وهلاكِها ، فرَخَّصَ لها فى أخْذِ قَدْرِ نَفقتِها ، دَفْعًا لحاجَتِها، ولأنَّ النَّفَقةَ تتجدَّدُ بتجدُّدِ الزَّمانِ شيئًا فشيئًا، فتَشُقُّ المُرافَعةُ إلى الحاكمِ ،

(١ – ١) سقط من : ا ، ب .

(٢) فى ا زيادة : « له » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٨ .

(٤) فى م : « امرأته » .

(٥ – ٥) فى ا : « وردها » . وفى ب : « ورها » خطأ .

(٦) سقط من : الأصل .

والمُطالَبةُ بها فى كلِّ الأوقاتِ ، فلذلك رَخَّصَ لها فى أخْذِها بغيرِ إذْنِ مَنْ هى عليه . وذكر القاضى بينَها وبين[7] الدَّيْنِ فَرْقًا آخرَ ، وهو أنَّ نَفَقةَ الزَّوجةِ تَسْقُطُ بفَواتِ وَقْتِها عندَ بعضِ أهلِ العلمِ، ما لم يكُن الحاكمُ[8] فَرَضَها لها ، فلو لم تأْخُذْ حَقَّها ، أفْضَى إلى سُقُوطِها ، والإِضْرارِ بها ، بخلافِ الدَّيْنِ ، فإنَّه لا يَسْقُطُ عندَ أحدٍ بتَرْكِ المُطالبةِ به[9] ، فلا يُؤَدِّى تَرْكُ الأخْذِ إلى الإِسْقاطِ .

فصل : ويجبُ عليه دَفْعُ نَفَقتِها إليها فى صَدْرِ نهارِ كلِّ يومٍ إذا طَلَعتِ الشمسُ ، لأنَّه أوَّلُ وقتِ الحاجةِ ، فإن اتَّفَقَا على تأْخِيرِها جاز ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، فإذا رَضِيَتْ بتأخِيره جاز ، كالدَّيْنِ . وإن اتَّفقا على تَعْجِيلِ نَفَقةِ عامٍ أو شهرٍ ، أو أقَلَّ من ذلك أو أكثرَ ، أو تأْخِيرِه ، جاز ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما ، فجاز من تَعْجيلِه وتأخيرِه ما اتَّفقا عليه ، كالدَّيْنِ . وليس بين أهلِ العلمِ فى هذا خلافٌ عَلِمْناه . فإن سَلَّمَ إليها نَفَقةَ يومٍ ، ثم ماتَتْ فيه ، لم يَرْجِعْ عليها بها[10] ؛ لأنَّه دَفَعَ إليها / ما وَجَبَ عليه دَفْعُه إليها ، وإن أبانَها بعدَ وُجُوبِ الدَّفْعِ إليها ، لم تَسْقُطْ نَفَقَتُها فيه ، ولها مُطالَبَتُه بها ؛ لأنَّها قد وَجَبَتْ ، فلم تَسْقُطْ بالطلاقِ ، كالدَّيْنِ . وإن عَجَّلَ لها نفقةَ شهرٍ أو عامٍ ، ثم طَلَّقها ، أو ماتتْ قبلَ انْقِضائِه ، أو بانَتْ بفَسْخٍ أو إسلامِ أحدِهما أو رِدَّتِه ، فله أن يَسْتَرْجِعَ نفقةَ سائرِ الشَّهْرِ . وبه قال الشافعىُّ ، ومحمدُ بن الحسنِ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ : لا يَسْتَرْجِعُها ؛ لأنَّها صِلَةٌ ، فإذا قَبَضَتْها ، لم يكُنْ له الرُّجوعُ فيها ، كصَدَقةِ التَّطوُّعِ . ولَنا ، أنَّه سَلَّمَ إليها النفقةَ سَلَفًا عمَّا يجبُ فى الثانى ، فإذا وُجِدَ ما يَمْنَعُ الوُجُوبَ ، ثَبَتَ الرُّجوعُ ، كما لو أسْلَفَها[11] إيَّاها فنشَزَتْ ، أو عَجَّلَ الزَّكاةَ إلى السَّاعِى فتَلِفَ مالُه قبلَ

٣/١٨٤و

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١٠) فى ا : « به » .

(١١) فى ب : « استلفها » .

الحَوْلِ . وقولُهم : إنَّها صِلَةٌ . قُلْنا : بل هى عِوَضٌ عن التَّمْكينِ ، وقد فاتَ[12] التَّمْكِينُ . وذكرَ القاضى ، أنَّ زَوْجَ الوَثَنِيَّةِ والمَجُوسِيَّةِ ، إذا دَفعَ إليها نفقةَ سنَتَيْنِ ، ثم بانَتْ بإسْلامِه ، فإن لم يكُنْ أعْلَمَها أنَّها نفقةٌ عَجّلَها لها[13] ، لم يَرْجِعْ عليها ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه تَطَوَّعَ بها ، وإن أعْلَمَها ذلك ، انْبَنَى على مُعَجِّلِ الزَّكاةِ إذا أعْلَمَ[14] الفقيرَ أنَّها زكاةٌ مُعَجَّلةٌ ثم تَلِفَ المالُ ، وفى الرُّجُوعِ بها وَجْهان ، كذلك هٰهُنا . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ فى سائرِ الصُّوَرِ مثلُ هذا ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ بدَفْعِ ما لا يَلْزَمُه مِن[15] غيرِ إعْلامِ الآخِذِ بتَعْجِيلِه ، فلم يَرْجِعْ به ، كمُعَجِّلِ الزكاةِ . ولو سَلَّمَ إليها نفقةَ اليومِ ، فسُرِقَتْ أو تَلِفَتْ ، لم يَلْزَمْه عِوَضُها ؛ لأنَّه بَرِئَ من الواجِبِ بدَفْعِه ، فأشْبَهَ ما لو تَلِفَتِ الزَّكاةُ بعدَ قَبْضِ السَّاعِى لها ، أو الدَّيْنَ بعد أخْذِ صاحِبِه له .

فصل : وإذا دَفَعَ إليها نفقتَها ، فلها أن تتصَرَّفَ فيها بما أحَبَّتْ ، من الصَّدَقةِ والهِبَةِ والمُعاوضةِ ، ما لم يَعُدْ ذلك عليها بضَرَرٍ فى بَدَنِها ، وضَعْفٍ فى جِسْمِها ؛ لأنَّه حَقٌّ لها ، فلها التصرُّفُ فيه بما شاءَتْ كالمَهْرِ ، وليس لها التَّصرُّفُ فيها على وَجْهٍ يَضُرُّ بها ؛ لأنَّ فيه تَفْوِيتَ حَقِّه منها ، ونَقْصًا فى اسْتِمْتاعِه بها .

فصل : وعليه دَفْعُ الكُسْوةِ إليها فى كلِّ عامٍ مَرّةً ؛ لأنَّه[16] العادةُ ، ويكونُ الدَّفْعُ إليها فى أوَّلِه ؛ لأنَّه أوَّلُ وقتِ الوُجُوبِ . فإن بَلِيَتِ الكُسْوةُ فى الوقتِ الذى يَبْلَى فيه مثلُها ، لَزِمَه أن يَدْفعَ إليها كُسْوةً أُخْرَى ؛ لأنَّ ذلك وقتُ الحاجةِ إليها ، وإن بَلِيَتْ قبلَ ذلك ، لكثرةِ دُخُولِها وخُرُوجِها واسْتِعْمالِها[17] ، لم يَلْزَمْه إبْدالُها ؛ لأنَّه ليس بوقتِ الحاجةِ إلى الكُسْوةِ / فى العُرْفِ . وإن مَضَى الزَّمانُ الذى تَبْلَى فى مثله بالاسْتِعْمالِ المُعْتادِ ولم ٣/١٨٤ظ

---

(١٢) فى ب : « فاته » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) فى ب : « علم » .

(١٥) سقط من : ا ، م .

(١٦) فى ا ، م : « لأنها » .

(١٧) فى ب ، م : « أو استعمالها » .

تَبْلَ ، فهل يَلْزَمُه بَدَلُها ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه بدَلُها[١٨] ؛ لأنَّها غيرُ مُحْتاجةٍ إلى الكُسْوةِ . والثانى ، يَلْزَمُه ؛ لأنَّ الاعْتبارَ بمُضِىِّ الزَّمانِ دُونَ حَقيقةِ الحاجةِ ، بدليلِ أنَّها لو بَلِيَتْ قبلَ ذلك لم يَلْزَمْه بَدَلُها . ولو أُهْدِىَ إليها كُسْوةٌ ، لم تَسْقُطْ كُسْوتُها . وإن أُهْدِىَ إليها طَعامٌ فأكَلَتْه ، وبَقِىَ قُوتُها إلى الغدِ ، لم يَسْقُطْ قُوتُها فيه . وإن كَسَاها ، ثم طَلَّقَها قبلَ أن تَبْلَى ، فهل له أن يَسْتَرْجِعَها ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّه دَفَعها للزَّمانِ المُسْتَقْبَلِ ، فإذا طَلَّقَها قبلَ مُضِيِّه ، كان له اسْتِرْجاعُها ، كما لو دَفَعَ إليها نَفَقةَ مُدَّةٍ ، ثم طَلَّقها قبلَ انْقضائِها . والثانى ، ليس له الاسْتِرْجاعُ ؛ لأنَّه دَفَعَ إليها الكُسْوةَ بعدَ وُجُوبِها عليه ، فلم يكُنْ له الرُّجوعُ فيها ، كما لو دَفَعَ إليها[١٩] النَّفقةَ بعدَ وُجُوبِها ثم طَلَّقها قبلَ أكْلِها ، بخلافِ النَّفَقةِ المُسْتَقْبَلةِ .

فصل : وإذا دَفَعَ إليها كُسْوتَها ، فأرادتْ بَيْعَهَا ، أو التَّصَدُّقَ بها ، وكان ذلك يَضُرُّ بها ، أو يُخِلُّ بتَجَمُّلِها بها ، أو بسُتْرَتِها ، لم تَمْلِكْ ذلك ، كما لو أرادتِ الصَّدَقةَ بقُوتِها على وجهٍ يَضُرُّ بها ، وإن لم يكُنْ فى ذلك ضَرَرٌ ، احْتَمَلَ الجَوازَ ؛ لأنَّها تَمْلِكُها ، فأشْبَهَتِ النَّفَقةَ ، واحْتَمَلَ المَنْعَ ؛ لأنَّ له اسْتِرْجاعَها لو طَلَّقَها ، فى أحدِ الوَجْهينِ ، بخلافِ النَّفَقةِ .

فصل : والذِّمِّيَّةُ كالمُسْلِمةِ فى النَّفقةِ والمَسْكنِ والكُسْوةِ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لعُمومِ النُّصوصِ والمعنى .

١٣٨١ – مسألة ؛ قال : (فَإِذَا مَنَعَهَا ، وَلَمْ تَجِدْ مَا تَأْخُذُهُ ، فَاخْتَارَتْ[١] فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا)

---

(١٨) سقط من : الأصل ، ا .

(١٩) سقط من : ب .

(١) فى ا ، م : « واختارت » .

وجملتُه أنَّ الرجلَ إذا مَنَعَ امرأتَه النَّفَقةَ ، لعُسْرَتِه ، وعَدَمِ ما يُنْفِقُه ، فالمرأةُ مُخَيَّرةٌ بينَ الصَّبْرِ عليه ، وبينَ فِراقِه . رُوِىَ[٢] نحوُ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وأبى هُرَيْرَةَ . وبه قال سعيدُ[٣] بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، وعمرُ بن عبد العزيز ، ورَبيعةُ ، وحَمَّادٌ ، ومالكٌ ، ويحيى القَطَّانُ ، وعبدُ الرحمن بن مَهْدِىٍّ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ . وذهب عَطاءٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو حنيفةَ وصاحِباه ، إلى أنَّها لا تَمْلِكُ فِراقَه بذلك ، ولكن يَرْفَعُ يَدَه عنها لتَكْتَسِبَ ؛ لأنَّه حَقٌّ لها عليه ، فلا يُفْسَخُ[٤] النِّكاحُ لعَجْزِه عنه ، كالدَّيْنِ . وقال العَنْبَرِىُّ : يُحْبَسُ إلى أن يُنْفِقَ . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَـٰنٍ ﴾[٥] . وليس / الإمْساكُ مع تَرْكِ الإنْفاقِ إمْساكًا بمَعْروفٍ ، فيتعَيَّنُ التَّسْرِيحُ . وروى سعيدٌ[٦] ، عن سُفيانَ ، عن ابنِ أبى الزِّنادِ ، قال : سألتُ سعيدَ بن المُسَيَّبِ عن الرَّجُلِ لا يَجِدُ ما يُنْفِقُ على امرأتِه ، أيُفَرَّقُ بينهما ؟ قال : نعم . قلتُ[٧] : سُنَّة ؟ قال : سُنَّة . وهذا يَنْصَرِفُ إلى سُنَّةِ رسولِ الله ﷺ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : ثَبَتَ أنَّ عمرَ بن الخَطَّابِ كتَبَ إلى أُمَراءِ الأَجْنادِ ، فى رِجالٍ غابُوا عن نِسائِهم ، فأمَرَهُم بأن يُنْفِقُوا أو يُطَلِّقُوا ، فإن طَلَّقُوا بَعَثُوا بنَفَقةِ ما مَضَى[٨] .

١٨٥/٣و

---

(٢) فى م : « وروى » .

(٣) فى م : « عبيد » . خطأ .

(٤) فى ا : « ينفسخ » .

(٥) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٦) فى : باب ما جاء فى الرجل إذا لم يجد ما ينفق على امرأته ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/٥٥ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٧/٤٦٩ . والإمام الشافعى ، انظر : الباب التاسع فى النفقات ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢/٦٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الرجل يعجز عن نفقة امرأته ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/٢١٣ .

(٧) فى ب ، م : « قال » .

(٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٧/٤٦٩ . والإمام الشافعى ، انظر : الباب التاسع فى النفقات ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢/٦٥ . وعبد الرزاق ، فى : باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٩٣ ، ٩٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : على الغائب نفقة ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/٢١٤ .

ولأنَّه إذا ثَبتَ الفَسْخُ بالعَجْزِ عن الوَطْءِ ، والضَّررُ فيه أقلُّ ، لأنَّه إنَّما هو فَقْدُ لَذَّةٍ وشَهْوةٍ يقومُ البَدَنُ بدُونِه ، فلأَنْ يَثْبُتَ بالعَجْزِ عن النَّفَقةِ التى لا يَقُومُ البَدَنُ إلَّا بها أَوْلَى . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه متى ثَبَتَ الإعْسارُ بالنَّفَقةِ على الإطْلاقِ ، فللمرأةِ المُطالَبةُ بالفَسْخِ ، من غيرِ إنْظارٍ . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال حَمَّادُ بن أبى سليمانَ : يُؤَجَّلُ سنةً قياسًا على العِنِّينِ . وقال عمرُ بن عبد العزيز : اضْرِبُوا له شَهْرًا أو شَهْرينِ . وقال مالكٌ : الشَّهر ونحوه . وقال الشافعىُّ فى القولِ الآخرِ : يُؤَجَّلُ ثلاثًا ؛ لأنَّه قَرِيبٌ . ولَنا ، ظاهرُ حديثِ عمرَ ، ولأنَّه معنًى يُثْبِتُ الفَسْخَ ، ولم يَرِدِ الشَّرْعُ بالإنْظارِ فيه ، فوَجَبَ أن يَثْبُتَ الفَسْخُ فى الحالِ ، كالعَيْبِ ، ولأنَّ سَبَبَ الفَسْخِ الإعْسارُ ، وقد وُجِدَ ، فلا يَلْزَمُ التَّأْخِيرُ .

فصل : وإن لم يَجِد النَّفَقةَ إلَّا يَوْمًا بيَوْمٍ ، فليس ذلك إعْسارًا يَثْبُتُ به الفَسْخُ ؛ لأنَّ ذلك هو الواجبُ عليه ، وقد قَدَرَ عليه . وإن وَجَدَ فى أوَّلِ النَّهارِ ما يُغَدِّيها ، وفى آخِرِه ما يُعَشِّيها ، لم يكُنْ لها الفَسْخُ ؛ لأنَّها تَصِلُ إلى كِفَايَتِها ، وما يَقُومُ به بَدَنُها . وإن كان صانِعًا يَعْمَلُ فى الأُسْبوعِ ما[9] يَبِيعُه فى يومٍ بقَدْرِ كفايتِها فى الأُسبوعِ كلِّه ، لم يَثْبُتِ الفَسْخُ ؛ لأنَّ هذا يَحْصُلُ الكِفَايةُ به[10] فى جَمِيعِ زَمانِه. وإن تَعَذَّرَ عليه الكَسْبُ فى بعضِ زَمانِه ، أو تعذَّرَ البَيْعُ ، لم يَثْبُتِ الفَسْخُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ الاقْتِراضُ إلى زَوالِ العارِضِ ، وحُصُولِ الاكْتِسابِ. وإن عَجَزَ عن الاقْتِراضِ أيَّامًا يَسِيرةً لم يَثْبُتِ الفَسْخُ ؛ لأنَّ ذلك يَزُولُ عن قُرْبٍ[11] ، ولا يكادُ يَسْلَمُ منه كثيرٌ من الناسِ. وإن مَرِضَ مَرَضًا يُرْجَى زَوالُه فى أيَّامٍ يَسِيرةٍ ، لم يُفْسَخْ ؛ لما ذكَرْناه . وإن كان ذلك يَطُولُ ، فلها الفَسْخُ ؛ لأنَّ الضَّررَ الغالبَ يَلْحَقُها ، ولا يُمْكِنُها الصبرُ . وكذلك /إن كان لا يَجِدُ من النَّفَقةِ إلَّا يومًا دُونَ يومٍ ، فلها الْفَسْخُ ؛ لأنَّها لا يُمْكِنُها الصبرُ على هذا ، ويكونُ بمَثابةِ مَنْ لا يَجِدُ إلَّا بعضَ القُوتِ . وإن أعْسَرَ ببعضِ نَفَقةِ المُعْسِرِ ، ثَبَتَ لها الْخِيارُ ؛ لأنَّ البَدَنَ لا يَقُومُ بما دُونَها .

١٨٥/٣ظ

(٩) فى ا ، م : « بما » .
(١٠) سقط من : ا ، ب ، م .
(١١) فى م : « قريب » .

وإن أعْسَرَ بما زاد على نَفَقةِ المُعْسِرِ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ تلك الزِّيادةَ تَسْقُطُ بإعْسارِه ، ويُمْكِنُ الصبرُ عنها ، ويَقُومُ البَدَنُ بما دُونَها . وإن أعْسَرَ بنَفَقةِ الخادِمِ ، لم يَثْبُتْ لها خِيارٌ ؛ لما ذكَرْنا ، وكذلك إن أعْسَرَ بالأُدْمِ . وإن أعْسَرَ بالكُسْوةِ ، فلها الفَسْخُ ؛ لأنَّ الكُسْوةَ لابُدَّ منها ، ولا يُمْكِنُ الصبرُ عنها ، ولا يقومُ البَدَنُ بدُونِها . وإن أعْسَرَ بأُجْرَةِ المَسْكَنِ[١٢] ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لها الْخِيارُ ؛ لأنَّه ممَّا[١٣] لابُدَّ منه ، فهو كالنَّفَقةِ والكُسْوةِ . والثانى ، لا خِيارَ لها ؛ لأنَّ البِنْيَةَ تَقُومُ بدُونِه . وهذا الوَجْهُ هو[١٣] الذى ذكره[١٤] القاضِى . وإن أعْسَرَ بالنَّفَقةِ الماضِيَةِ ، لم يكُنْ لها الفَسْخُ ؛ لأنَّها دَيْنٌ يَقُومُ البَدَنُ بدونها[١٥] ، فأشْبهتْ سائِرَ الدُّيونِ . الحال[١٣] الثانى ، أن يَمْتنِعَ من الإِنْفاقِ مع يَسارِه ؛ فإن قَدَرَتْ له على مالٍ ، أخَذَتْ منه قَدْرَ حاجَتِها ، ولا خِيارَ لها ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ أمر هِنْدًا بالأخْذِ ، ولم يَجْعَلْ لها الفَسْخَ ، وإن لم تَقْدِرْ ، رافَعَتْه إلى الحاكِمِ ، فيأمُرُه بالإِنْفاقِ ، ويُجْبِرُهُ عليه ، فإنْ[١٦] أبَى حَبَسَهُ ، فإن صَبَرَ على الحَبْسِ ، أخَذَ الحاكمُ النَّفَقةَ من مالِه ، فإن لم يَجِدْ إلَّا عُرُوضًا أو عَقارًا ، باعَها[١٧] فى ذلك . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أبو حنيفةَ : النَّفَقةُ فى مالِه من الدَّنانِيرِ والدَّراهِمِ ، ولا يَبِيعُ عَرْضًا إلَّا بتَسْليمٍ ؛ لأنَّ بَيْعَ مالِ الإنْسانِ لا يَنْفُذُ إلَّا بإذْنِه ، أو إذْنِ[١٨] وَلِيِّه ، ولا وِلايةَ على الرَّشِيدِ . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ لهِنْدٍ : « خُذِى ما يَكْفِيكِ » . ولم يُفَرِّقْ ، ولأنَّ ذلك مالٌ له ، فتُؤْخَذُ منه النَّفَقةُ ، كالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ ، وللحاكمِ ولايةٌ عليه إذا امْتَنَعَ ، بدليلِ وِلايَتِه على دَراهِمِه ودَنانيرِه . وإن تَعَذَّرَتِ النَّفَقةُ فى

---

(١٢) فى ب ، م : « مسكن » .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) فى م : « ذكر » .

(١٥) فى ا : « بدونه » .

(١٦) فى ا ، م : « قال » . خطأ .

(١٧) فى الأصل : « باعه » .

(١٨) فى ا : « وإذن » .

حالِ غَيْبتِه ، وله وَكِيلٌ ، فحُكْمُ وكيلِه حُكْمُه فى المُطالَبةِ والأخذِ من المالِ عندَ امْتِناعِه ، وإن لم يكُنْ له وكيلٌ ، ولم تَقْدِر المرأةُ على الأخْذِ ، أخَذَ لها الحاكمُ من مالِه ، ويجوزُ بَيْعُ عَقارِه وعُرُوضِه فى ذلك ، إذا لم تَجِدْ ما تُنْفِقُ سِوَاهُ . ويُنْفقُ على المرأةِ يومًا بيَوْمٍ . وبهذا قال الشافعىُّ ، ويحيى بن آدَم . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : يَفْرِضُ لها فى كلِّ شَهْرٍ . ولَنا ، أنَّ هذا تَعْجِيلٌ للنَّفَقةِ قبلَ وُجُوبِها ، فلم يَجُزْ ، كما لو[19] عَجَّلَ لها / نَفَقةً زِيادةً على[20] شهرٍ . ٣/١٨٦و

فصل : وإن غَيَّبَ مالَه ، وصَبَرَ على الحَبْسِ ، ولم يَقْدِر الحاكمُ له على مالٍ يَأْخُذُه ، أو لم[21] يَقْدِرْ على أخْذِ النَّفَقةِ من مالِ الغائبِ ، فلها الْخِيارُ فى الفَسْخِ ، فى ظاهرِ قولِ الْخِرَقِىِّ ، واخْتيارِ أبى الخَطَّابِ . واخْتارَ القاضى أنَّها لا تَمْلِكُ الفَسْخَ ، وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ فى المُعْسِرِ لعَيْبِ الإعْسارِ ، ولم يُوجَدْ هٰهُنا ، ولأنَّ المُوسِرَ فى مَظِنَّةِ إمْكانِ الأخْذِ من مالِه ، وإذا امْتَنَعَ فى يومٍ ، فربَّما لا [22]يمتنعُ فى[22] الغَدِ ، بخلافِ المُعْسِرِ . ولَنا ، أنَّ عمرَ ، رضى الله عنه ، كَتَبَ فى رجالٍ غابُوا عن نِسائِهم ، فأمَرَهُم أن يُنْفِقُوا أو يُطَلِّقُوا . وهذا إجْبارٌ على الطَّلاقِ عندَ الامْتِناعِ من الإنْفاقِ ، ولأنَّ الإنْفاقَ عليها من مالِه مُتَعَذِّرٌ[23] ، فكان لها الخِيارُ ، كحالِ الإعْسارِ ، بل هذا أوْلَى بالفَسْخِ ، فإنَّه إذا جازَ الفَسْخُ على المَعْذورِ ، فعلى غيرِه أوْلَى ، ولأنَّ فى الصَّبْرِ ضَرَرًا أمْكَنَ إزالَتُه بالفَسْخِ ، فوَجَبَتْ إزالَتُه ، ولأنَّه نوعُ تَعَذُّرٍ يُجَوِّزُ الفَسْخَ ، فلم يَفْتَرِق الحالُ بين المُوسِرِ والمُعْسِرِ ، كأداءِ[24] ثمنِ المَبِيعِ ، فإنَّه لا فَرْقَ فى جوازِ الفَسْخِ بينَ[25] أن يكونَ المَشْترِى مُعْسِرًا ، وبينَ أن يَهْرُبَ قبلَ أداءِ الثَّمنِ ، وعَيْبُ الإعْسارِ إنَّما جَوَّزَ

---

(١٩) سقط من : ا ، م .
(٢٠) فى ا ، ب ، م : « عن » .
(٢١) فى ب : « ولم » .
(٢٢-٢٢) فى الأصل : « يمنع » .
(٢٣) فى ب ، م : « يتعذر » .
(٢٤) فى م : « كما إذا أدى » .
(٢٥) فى الأصل : « من » .

الفَسْخَ لتعَذُّرِ الإنْفاقِ ، بدليلِ أنَّه لو اقْترضَ ما يُنْفِقُ عليها ، أو تَبرَّعَ له إنسانٌ بدَفْعِ ما يُنْفِقُه ، لم تَمْلِكِ الفَسْخَ . وقولُهم : إنَّه يَحْتَمِلُ أن يُنْفِقَ فيما بعدَ هذا . قُلْنا : وكذلك المُعْسِرُ ، يَحْتَمِلُ أن يُغْنِيَه اللهُ ، وأن يَقْتَرِضَ ، أو يُعْطَى ما يُنْفِقُه ، فاسْتَوَيَا .

فصل : ومَنْ وَجَبَتْ عليه نَفَقةُ امرأتِه ، وكان له عليها دَيْنٌ ، فأراد أن يَحْتَسِبَ عليها بدَيْنِه مكانَ نَفقتِها ، فإن كانتْ مُوسِرَةً ، فله ذلك ؛ لأنَّ مَنْ عليه حَقٌّ فله أن يَقْضِيَه من أي أمْوالِه شاءَ ، وهذا من مالِه ، وإن كانت مُعْسِرَةً ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ قضاءَ الدَّيْنِ إنَّما يَجِبُ فى الفاضِلِ من قُوتِه ، وهذا لا يَفْضُلُ عنها ، ولأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ بإنْظارِ المُعْسِرِ ، بقولِه سُبْحانه : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾[26] . فيَجِبُ إنْظارُها بما عليها .

فصل : وكلُّ مَوْضِعٍ ثَبَتَ لها الفَسْخُ لأجْلِ النَّفقةِ ، لم يَجُزْ[27] إلَّا بحُكْمِ الحاكِمِ[28] ؛ لأنَّه فَسْخٌ مُخْتَلَفٌ فيه ، فافتَقَرَ إلى الحاكِمِ ، كالفَسْخ بالعُنَّةِ[29] ، ولا يجوزُ له التَّفْريقُ إلَّا أن تَطْلُبَ المرأةُ ذلك ؛ لأنَّه لحَقِّها ، فلم يَجُزْ من غيرِ طَلَبِها ، كالفَسْخِ للعُنَّةِ . فإذا فَرَّقَ الحاكمُ بينهما ، فهو فَسْخٌ لا رَجْعةَ له فيه . وبهذا قال / الشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالكٌ : هو تَطْليقةٌ ، وهو أحَقُّ بها إن أيْسَرَ فى عِدَّتِها ؛ لأنَّه تَفريقٌ لِامْتناعِه من الواجبِ عليه لها ، فأشْبه تَفْريقَه بين المُولِى وامْرأتِه إذا امْتَنَعَ من الفَيْئةِ والطَّلاقِ . ولَنا ، أنَّها فُرْقةٌ لعَجْزِه عن الواجبِ لها عليه ، أشْبهَتْ فُرْقةَ العُنَّةِ . فأمَّا إن أجْبَرَه الحاكمُ على الطَّلاقِ ، فطَلَّقَ أقَلَّ من ثلاثٍ ، فله الرَّجعةُ عليها ما دامتْ فى العِدَّةِ ، فإن راجَعَها وهو مُعْسِرٌ ، أو امْتَنَعَ من الإنْفاقِ عليها ، ولم يُمْكِنِ الأخْذُ من مالِه ، فطَلَبتِ المرأةُ الفَسْخَ ، فلِلحاكِمِ الفَسْخُ ؛ لأنَّ المُقْتَضِىَ له باقٍ ، أشْبَهَ ما قبْلَ الطَّلاقِ .

٣/١٨٦ ظ

(٢٦) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢٧) فى ا زيادة : « لها » .

(٢٨) فى ا : « حاكم » .

(٢٩) فى الأصل : « بالغيبة » .

فصل : وإن رَضِيَتْ بالمُقامِ معه مع عُسْرَتِه أو تَرْكِ إنْفاقِه ، ثم بَدَا لها الفَسْخُ ، أو تَزَوَّجَتْ مُعْسِرًا عالِمةً بحالِه ، راضيةً بعُسْرَتِه ، وتَرْكِ إنفاقِه ، أو شَرَطَ عليها أن لا يُنْفِقَ عليها ، ثم عَنَّ لها الفَسْخُ ، فلها ذلك . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال القاضى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، ليس لها الفَسْخُ ، ويَبْطُلُ خِيارُها فى المَوْضِعَيْنِ . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بعَيْبِه ، ودَخَلَتْ فى العَقْدِ عالمةً به ، فلم تَمْلِكِ الفَسْخَ ، كما لو تزوَّجَتْ عِنِّينًا عالمةً بعُنَّتِه ، أو قالت بعدَ العَقْدِ : قد رَضِيتُ به عِنِّينًا . ولَنا ، أنَّ وُجُوبَ النَّفقةِ يتَجَدَّدُ فى كلِّ يومٍ ، فيتجَدَّدُ لها الفَسْخُ ، ولا يَصِحُّ إسْقاطُ حَقِّها فيما لم يَجِبْ لها ، كإسْقاطِ شُفْعَتِها قبلَ البَيْعِ ، ولذلك لو أسْقَطَتِ النَّفقةَ المُسْتَقْبلَةَ لم تَسْقُطْ ، ولو أسْقَطَتْها أو أسْقَطَتِ المَهْرَ قبلَ النكاحِ لم يَسْقُطْ ، وإذا لم يَسْقُطْ وُجُوبُها ، لم يَسْقُطِ الفَسْخُ الثابتُ به . وإن أعْسَرَ بالمَهْرِ ، وقُلْنا : لها الفَسْخُ لإعْسارِه به . فرَضِيَتْ بالمُقامِ ، لم يكُنْ لها الفَسْخُ ؛ لأنَّ وُجُوبَه لم يتَجَدَّدْ ، بخِلافِ النفقةِ ، ولو تَزَوَّجَتْه ، عالمةً بإعْسارِه بالمَهْرِ ، راضيةً بذلك ، فيَنْبَغِى أن لا تَمْلِكَ الفَسْخَ بإعْسارِه به ؛ لأنَّها[30] رَضِيَتْ بذلك فى وقتٍ لو أسْقَطَتْه فيه سَقَطَ .

فصل : إذا رَضِيَتْ بالمُقامِ مع ذلك ، لم يَلْزَمْها التَّمْكِينُ من الاسْتِمتاعِ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ إليها[31] عِوَضَه ، فلم يَلْزَمْها تَسْلِيمُه ، كما لو أعْسَرَ المُشْتَرِى بثَمَنِ المَبِيعِ ، لم يجِبْ تَسْلِيمُه إليه ، وعليه تَخْلِيةُ سَبِيلِها ، لتَكْتَسِبَ لها ، وتُحَصِّلَ ما تُنْفِقُه على نَفْسِها ؛ لأنَّ فى حَبْسِها بغيرِ نَفَقةٍ إضْرارًا بها . ولو كانتْ مُوسِرَةً ، / لم يكُنْ له حَبْسُها ؛ لأنَّه إنَّما يَمْلِكُ حَبْسَها إذا كَفَاها[32] المُؤْنَةَ ، وأغْناها عمَّا لابُدَّ لها منه ، ولحاجَتِه إلى الاسْتِمتاعِ الواجبِ عليها ، فإذا انْتَفَى الأمْرانِ ، لم يَمْلِكْ حَبْسَها .

١٨٧/٨و

فصل : ومَنْ تَرَكَ الإنْفاقَ الواجبَ لامْرأةٍ[33] مُدَّةً ، لم يَسْقُطْ بذلك ، وكانتْ[34] دَيْنًا

---

(٣٠) فى الأصل : « لأنه » .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) فى ا : « أكفاها » .

(٣٣) فى ا ، م : « لامرأته » .

(٣٤) فى ا ، م : « وكان » .

فى ذِمّتِه ، سواءٌ تَرَكَها[٣٥] لعُذْرٍ أو غيرِ عُذْرٍ ، فى أظْهَرِ الرِّوايتَيْنِ . وهذا قولُ الحسنِ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ ، وابنِ المُنْذِرِ . والرِّوايةُ الأُخْرَى : تَسْقُطُ نفقتُها ، ما لم يكُنِ الحاكمُ قد فَرَضَها لها . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّها نفقةٌ تَجِبُ يومًا فيومًا ، فتَسْقُطُ بتأْخِيرِها إذا لم يَفْرِضْها الحاكمُ ، كنَفَقةِ الأقارب ، ولأنَّ نَفَقةَ الماضى قد اسْتُغْنِىَ عنها بمُضِىِّ وَقْتِها ، فتَسْقُطُ ، كنَفَقةِ الأقارِبِ . ولَنا ، أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، كَتَبَ إلى أُمَراءِ الأَجْنادِ ، فى رجالٍ غابُوا عن نسائِهم ، يأْمُرُهم بأنْ[٣٦] يُنْفِقُوا أو يُطَلِّقُوا ، فإن طَلَّقُوا بَعَثُوا بنَفَقةِ ما مَضَى . ولأنَّها حَقٌّ يجبُ مع اليَسارِ والإعْسارِ ، فلم يَسْقُطْ بمُضِىِّ[٣٧] الزَّمانِ ، كأُجْرَةِ العَقارِ والدُّيُونِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذه نَفقةٌ وجَبَتْ بالكِتابِ والسُّنَّةِ والإجْماعِ ، ولا يزولُ ما وَجَبَ بهذه الحُجَجِ إلَّا بمِثْلِها . ولأنَّها عِوَضٌ واجبٌ ، فأشْبَهتِ الأُجْرَةَ . وفارَقَ نفقةَ الأقارِبِ ، فإنَّها صِلَةٌ يُعْتَبَر فيها اليَسارُ من المُنْفِقِ والإعسارُ ممَّن تَجِبُ له ، وَجبَتْ لِتَزْجِيَةِ[٣٨] الْحالِ ، فإذا مَضَى زَمَنُها[٣٩] اسْتَغْنَى عنها ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَغْنَى عنها بيَسارِه ، وهذه بخِلافِ ذلك . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إن[٤٠] تَرَكَ الإنْفاقَ عليها مع يَسارِه ، فعليه النَّفَقةُ بكَمالِها ، وإن تَرَكَها لإعْسارِه ، لم يَلْزَمْه [إلَّا] نَفَقةُ المُعْسِرِ ؛ لأنَّ الزَّائدَ سَقَطَ بإعْسارِه .

فصل : ويَصِحُّ ضَمانُ النَّفقةِ ، ما وَجَبَ منها وما يَجِبُ فى المُسْتقبلِ ، إذا قُلْنا : إنَّها تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ . وقال الشافعىُّ : يَصِحُّ ضَمانُ ما وَجَبَ ، وفى ضَمانِ المُسْتقبلِ وَجْهان ، بِناءً على أنَّ النَّفقةَ هل تَجِبُ بالعَقْدِ أو بالتَّمْكِينِ ؟ ومَبْنَى الخلافِ على ضَمانِ

---

(٣٥) فى ا ، م : « تركه » .

(٣٦) فى ا ، م : « أن » .

(٣٧) فى ب : « نفقة » .

(٣٨) تزجية الحال : تيسيره .

(٣٩) فى ب : « زمن » .

(٤٠) سقط من : ا ، م .

ما لم يَجِبْ إذا كان مَآلُه إلى الوُجُوبِ ، فعندنا يَصِحُّ ، وعندَهم لا يَصِحُّ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى باب الضَّمانِ[41] .

فصل : وإن أعْسَرَ بنَفَقةِ الْخادِمِ أو الأُدْمِ أو المَسْكنِ ، ثَبَتَ ذلك فى ذِمَّتِه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال القاضى : لا يَثْبُتُ ؛ لأنَّه من الزَّوائِدِ / ، فلم يثبُتْ فى ذِمَّتِه ، كالزَّائِدِ عن الواجبِ عليه . ولَنا ، أنَّها نفَقةٌ تجبُ على سَبِيلِ العِوَضِ ، فتَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، كالنَّفقةِ الواجبةِ للمرأةِ قُوتًا ، وفارَقَ الزَّائدَ عن نَفقةِ المُعْسِرِ[42] ، فإنَّه يَسقُطُ بالإعْسارِ .

١٨٧/٨ ظ

فصل : وإذا أنْفَقتِ المرأةُ على نَفْسِها من مالِ زَوْجِها الغائبِ ، ثم بانَ أنَّه قد مات قبلَ إنْفاقِها ، حُسِبَ عليها ما أنْفَقَتْه من مِيراثِها ، سَواءٌ أنْفقَتْه بنَفْسِها ، أو بأمْرِ الحاكمِ . وبهذا قال أبو الْعالِيَةِ ، ومحمدُ بن سِيرِينَ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . ولا أعلمُ عن غيرِهم خِلافَهُم ؛ لأنَّها أنْفَقتْ ما لا تَسْتَحِقُّ . وإن فَضَلَ لها شىءٌ ، فهو لها . وإن فضلَ عليها شىءٌ ، وكان لها صداقٌ أو دَيْنٌ على زَوْجِها ، حُسِبَ منه ، وإن لم يكنْ لها شىءٌ من ذلك ، كان الفَضْلُ دَيْنًا عليها ، واللهُ أعلم .

فصل : وإن أعْسَرَ الزَّوجُ بالصَّداقِ ، ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أصَحُّها ، ليس لها الفَسْخُ . وهو اختيارُ ابنِ حامدٍ . والثانى ، لها الفَسْخُ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه أعْسَرَ بالعِوَضِ ، فكان لها الرُّجوعُ فى المُعَوَّضِ ، كما لو أعْسَرَ بثَمَنِ مَبيعِها . والثالث ، إن أعْسَرَ قبلَ الدُّخولِ ، فلها الفَسْخُ ، كما لو أفْلَسَ المُشْتَرِى والمَبِيعُ بحالِه ، وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، لم تَمْلِكِ الفَسْخَ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه قد اسْتُوْفِىَ ، فأشْبَهَ ما لو أفْلَسَ المُشْترِى بعدَ تَلَفِ المَبِيعِ أو بعضِه . ولَنا ، أنَّه دَيْنٌ ، فلم يُفْسَخِ النِّكاحُ للإعْسارِ به ، كالنَّفَقةِ الماضيةِ ، ولأنَّ تأْخيرَه ليس فيه ضَرَرٌ مُجْحِفٌ ، فأشْبَهَ نَفَقةَ الخادمِ والنفقةَ الماضيةَ ، ولأنَّه لا

---

(41) تقدم فى : ٧/٧٥ .

(42) فى الأصل : « المعسرة » .

نَصَّ فيه ، ولا[٤٣] يَصِحُّ قِياسُه على الثَّمنِ فى[٤٤] المَبِيعِ ؛ لأنَّ الثمنَ كلُّ مَقْصُودِ البائعِ ، والعادَةُ تَعْجِيلُه ، والصَّداقُ فَضْلَةٌ[٤٥] ونِحْلَةٌ ، ليس هو المَقْصودَ فى النِّكاحِ ، ولذلك لا يَفْسُدُ النكاحُ بِفَسادِه ، ولا بتَرْكِ ذِكْرِه ، والعادَةُ تأخِيرُه ، ولأنَّ أكثرَ مَنْ يشْتَرِى بثَمَنٍ حالٍّ يكون مُوسِرًا به ، وليس الأكثرُ أنَّ مَنْ تزَوَّجَ بمَهْرٍ يكون مُوسِرًا به ، ولا يَصِحُّ قِياسُه على النَّفَقةِ ؛ لأنَّ الضَّرورةَ لا تَنْدَفِعُ إلَّا بها ، بخلافِ الصَّداقِ ، فأشْبَهُ شيءٍ به النَّفَقةُ الماضيةُ . وللشافعيِّ نحوُ هذه الوُجُوهِ . وإذا[٤٦] قُلْنا : لها الفَسْخُ للإِعْسارِ به . فتزَوَّجَتْه عالمةً بعُسْرَتِه ، فلا خِيارَ لها ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّها رَضِيَتْ به كذلك . وكذلك إن عَلِمَتْ عُسْرَتَه بعدَ العَقْدِ ، فرَضِيَتْ بالمُقامِ ، سَقَطَ حَقُّها من الفَسْخِ ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بإسْقاطِ / حَقِّها بعدَ وُجُوبِه[٤٧] ، فسَقَطَ ، كما لو رَضِيَتْ بعُنَّتِه[٤٨] . ١٨٨/٨و

فصل : ونَفَقةُ الأمَةِ المُزَوَّجةِ حَقٌّ لها ولسَيِّدِها ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَنْتَفِعُ بها ، ولكلِّ واحدٍ منهما طَلَبُها إن امْتنعَ الزَّوجُ مِن أدائِها ، ولا يَمْلِكُ واحدٌ منهما إسْقاطَها ؛ لأنَّ فى سُقُوطِها بإسْقاطِ أحَدِهما ضَرَرًا بالآخرِ . وإن أعْسَرَ الزَّوجُ بها ، فلها الفَسْخُ ؛ لأنَّه عَجَزَ عن نَفَقتِها ، فمَلَكَتِ الفَسْخَ ، كالحُرَّةِ ، وإن لم تَفْسَخْ ، فقال القاضى : لسَيِّدِها الفَسْخُ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى عَدَمِها ، لما يتَعَلَّقُ بفَواتِها من فَواتِ مِلْكِه وتَلَفِه ، فإن أنْفَقَ عليها سَيِّدُها مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ ، فله الرُّجوعُ بها على الزَّوجِ ، رَضِيَتْ بذلك أو كَرِهَتْ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ خالِصُ حَقِّه ، لا حَقَّ لها فيه ، وإنَّما تعَلَّقَ حقُّها بالنَّفَقةِ الحاضرةِ ، لوُجُوبِ صَرْفِها إليها ، وقَوامِ بَدَنِها بها ، بخلافِ الماضِيَةِ . وقال أبو الخَطَّابِ ، وأصحابُ الشافعىِّ : ليس لسَيِّدِها الفَسْخُ لعُسْرَةِ زَوْجِها بالنَّفَقةِ ؛ لأنَّها حَقٌّ لها ، فلم يَمْلِكْ سيِّدُها الفَسْخَ دُونَها ، كالفَسْخِ للعَيْبِ ، فإن كانت مَعْتُوهةً ، أنْفَقَ المَوْلَى ،

---

(٤٣) فى الأصل : « فلا » .

(٤٤) سقط من : ب ، م .

(٤٥) فى ب : « وصلة » .

(٤٦) سقطت الواو من : ب ، م .

(٤٧) فى الأصل ، ب : « وجوبها » .

(٤٨) فى النسخ : « بعينه » .

وتكونُ النَّفقةُ دَيْنًا فى ذِمّةِ الزَّوجِ ، وإن كانت عاقلةً قال لها السَّيِّدُ : إن أَرَدْتِ النَّفقة ، فافْسَخِى النِّكاحَ ، وإلَّا فلا نَفَقَةَ لكِ عندى .

فصل : وإن اختَلَفَ الزَّوجان فى الإنْفاقِ عليها ، أو فى تَقْبيضِها نَفَقَتَها ، فالقولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّها مُنْكِرَةٌ ، والأصلُ معها . وإن اختلَفا فى التَّمْكِينِ المُوجبِ للنَّفقةِ ، أو فى وَقْتِه ، فقالتْ : كان ذلك من شهرٍ . فقال : بل مِن يومٍ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، والأصلُ معه . وإن اخْتلَفا فى يَسارِه ، فادَّعَتْه المرأةُ[49] ليَفْرِضَ لها نَفَقةَ المُوسِرِينَ ، أو قالتْ : كُنْتَ مُوسرًا . وأنْكَرَ ذلك ، فإن عُرِفَ له مالٌ ، فالقولُ قولُها ، وإلَّا فالقولُ قولُه . وبهذا كله قال الشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وإن اخْتلَفا فى فَرْضِ الحاكمِ للنَّفقةِ ، أو فى وَقْتِها ، فقال : فَرَضَها منذُ شهرٍ . فقالتْ : بل منذُ عامٍ . فالقولُ قولُه . وبهذا قال الشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال[50] مالكٌ : إن كان مُقِيمًا معها ، فالقولُ قولُه ، وإن كان غائبًا عنها ، فالقولُ قولُ المرأةِ من يوم رَفَعَتْ أمْرَها إلى الحاكمِ . ولَنا ، أنَّ قولَه يُوافِقُ الأصْلَ ، فقُدِّمَ ، كما لو كان مُقِيمًا معها ، وكلُّ مَنْ قُلْنا[51] : القولُ / قولُه . فَلِخصْمِه عليه اليَمِينُ ؛ لأنَّها دَعَاوَى[52] فى المالِ ، فأشْبَهتْ دَعْوَى الدَّيْنِ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « ولٰكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْه »[53] . وإن دَفَعَ الزَّوجُ إلى امرأتِه نَفقةً وكُسْوةً ، أو بَعَثَ به إليها ، فقالتْ : إنما فَعَلْتَ ذلك تَبرُّعًا وهِبَةً . وقال : بل وفاءً للواجِبِ علىَّ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بنِيَّتِه ، أشْبَهَ ما لو قَضَى دَيْنَه واختَلَفَ هو وغَرِيمُه فى نِيَّتِه . وإن طَلَّقَ امرأتَه ، وكانت حامِلًا فوَضَعَتْ ، فقال : طَلَّقْتُكِ حاملًا ، فانْقَضَتْ عِدَّتُكِ بوَضْعِ الحملِ ، وانْقَطَعَتْ نَفَقَتُكِ ورَجْعَتُكِ .

٨/١٨٨ظ

---

(٤٩) فى الأصل بعد هذا : « والزوج » . وفى ا ، م : « أو الزوج » . وحذفنا ذلك كله تبعا لما فى الشرح الكبير .

(٥٠) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٥١) فى الأصل : « قلت » .

(٥٢) فى ا : « دعا » . وفى م : « دعاو » .

(٥٣) تقدم تخريجه ، فى : ٥٢٥/٦ .

وقالتْ : بل بعدَ الوَضْعِ ، فلِىَ النَّفقةُ ، ولك الرَّجْعةُ . فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ النَّفقةِ ، وعَدَمُ المُسْقِطِ لها ، وعليها العِدَّةُ ، ولا رَجْعةَ للزَّوجِ ؛ لإقْرارِه بعَدَمِها . وإن رجَعَ(٥٤) فصَدَّقَها ، فله الرَّجْعةُ ؛ لأنَّها مُقِرَّةٌ له بها . ولو(٥٥) قال : طَلَّقْتُكِ بعدَ الوَضْعِ ، فلِىَ الرَّجْعةُ ، ولكِ النَّفقةُ . وقالتْ : بل وأنا حامِلٌ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ بقاءُ الرَّجْعةِ ، ولا نَفقةَ لها ، ولا عِدَّةَ عليها ؛ لأنَّها حَقٌّ للهِ(٥٦) تعالى ، فالقولُ قولُها فيها . وإن عاد فصَدَّقها ، سَقَطَتْ رَجْعَتُه ، ووَجَبَ لها النَّفقةُ . هذا فى ظاهِرِ الحُكْمِ ، فأمَّا فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فيَنْبَنِى على ما يَعْلَمُه من حقيقةِ الأمْرِ دُونَ ما قالَه .

فصل : وإن طَلَّقَ الرَّجلُ امرأتَه ، فادَّعتْ أنَّها حامِلٌ ، لتكونَ لها النَّفقةُ ، أنْفَقَ عليها ثلاثةَ أشْهُرٍ ، ثم تُرَى القَوابِلَ بعد ذلك ؛ لأنَّ الحملَ(٥٧) يَبِينُ بعدَ ثلاثةِ أشْهُرٍ ، إلَّا أن تَظْهَرَ براءَتُها من الحملِ بالحَيْضِ أو بغيرِه ، فتَنْقَطِعَ نفقتُها ، كما تَنْقطِعُ إذا قال القوابلُ : ليست حامِلًا . ويَرْجِعُ عليها بما أنْفَقَ ؛ لأنَّها أخَذَتْ منه ما لا تَسْتَحِقُّه ، فرَجَعَ عليها ، كما لو ادَّعَتْ عليه دَيْنًا وأخَذَتْه منه ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُها . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى : لا يَرْجِعُ عليها ؛ لأنَّه أنْفَقَ عليها بحُكْمِ آثارِ النكاحِ ، فلم يَرْجِعْ به ، كالنَّفقةِ فى النكاحِ الفاسدِ(٥٨) إذا تبيَّنَ فسادُه . وإن عَلِمَتْ براءَتَها من الحملِ بالحَيْضِ ، فكَتَمَتْه ، فينْبَغِى أن يَرْجِعَ عليها ، قولًا واحدًا ؛ لأنَّها أخَذَتِ(٥٩) النَّفقةَ مع عِلْمِها ببَراءتِه(٦٠) منها(٦١) كما لو أخَذَتْها من مالِه بغيرِ عِلْمِه . وإن ادَّعَتِ الرَّجْعِيَّةُ الحَمْلَ ، فأنْفَقَ عليها أكثرَ من مُدَّةِ عِدَّتِها ، رَجَعَ عليها بالزِّيادةِ ، ويُرْجَعُ فى مُدَّةِ العِدَّةِ إليها ؛ لأنَّها أعْلَمُ بها ، فالقولُ قولُها

---

(٥٤) فى ا ، ب ، م : « راجع » .

(٥٥) فى م : « وإن » .

(٥٦) فى ب ، م : « الله » .

(٥٧) فى ا : « الحامل » .

(٥٨) سقط من : ب .

(٥٩) فى ب ، م : « أخذ » .

(٦٠) فى الأصل : « براءته » . وفى م : « ببراءتها » .

(٦١) سقط من : م .

١٨٩/٨و فيها مع يَمِينِها . فإن قالتْ : قد ارْتَفَعَ حَيْضِى ، ولم أَدْرِ ما رَفَعَهُ . فعدَّتُها / سَنَةٌ إن كانت حُرّةً . وإن قالتْ : قد انْقَضَتْ بثلاثةِ قُرُوءٍ . وذكَرَتْ آخِرَها ، فلها النَّفقةُ إلى ذلك ، ويَرْجِعُ عليها بالزَّائِدِ . وإن قالتْ : لا أدْرِى متى آخِرُها . رَجَعْنا إلى عادَتِها ، فحَسَبْنا لها بها . وإن قالتْ : عادَتِى تخْتلِفُ فتطُولُ وتَقْصرُ . انْقضَتِ العِدّةُ[٦٢] بالأَقْصَرِ ؛ لأنَّه اليَقِينُ . وإن قالتْ : عادَتِى تخْتلِفُ ، ولا أعلمُ . رَدَدْناها إلى غالبِ عاداتِ النِّساءِ ، فى كلِّ شَهْرٍ قُرْءٌ؛ لأنَّا رَدَدْنا المُتحَيِّرةَ إلى ذلك فى أحكامِها ، فكذلك هذه . وإن بانَ أنَّها حامِلٌ من غيرِه ، مثل أن تَلِدَه [٦٣]لأكْثَرَ من[٦٣] أربعِ سِنِينَ ، فلا نَفَقةَ عليه لمُدَّةِ حَمْلِها ؛ لأنَّه من غيرِه . وإن كانتْ رَجْعِيَّةً ، فلها النَّفَقةُ فى مُدَّةِ عِدَّتِها ، فإن كانت[٦٤] انْقَضَتْ قبلَ حَمْلِها ، فلها النَّفَقةُ إلى انْقِضائِها ، وإن حَمَلَتْ فى أثْناءِ عِدَّتِها ، فلها النَّفَقةُ إلى الوَطْءِ الذى حَمَلَتْ ، ثم لا نَفقةَ لها حتى تَضَعَ حَمْلَهَا ، ثم تكونُ لها النَّفقةُ فى تمامِ عِدَّتِها . وإن وَطِئَها زوجُها[٦٥] فى العِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، حَصَلَتِ الرَّجْعةُ . وإن قُلْنا : لا تَحْصُلُ . فالنَّسَبُ لاحِقٌ به ، وعليه النَّفقةُ لِمُدَّةِ حَمْلِها . وإن وَطِئَها بَعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، أو وَطِئَ البائنَ ، عالمًا بذلك وبتَحْرِيمِه ، فهو زِنًى ، لا يَلْحَقُه نَسَبُ الوَلَدِ ، ولا نفقةَ عليه من أجْلِه . وإن جَهِلَ بَيْنُونَتَها ، أو انْقِضاءَ[٦٦] عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ ، أو تَحْرِيمَ[٦٧] ذلك وهو ممَّن يَجْهَلُه ، لَحِقَه نَسَبُه[٦٨] ، وفى وُجوبِ النَّفَقةِ عليه رِوايتان .

١٣٨٢ – مسألة ؛ قال : (وَيُجْبَرُ الرَّجُلُ عَلَى نَفَقَةِ والِدَيْهِ ، وَوَلَدِهِ ، الذُّكُورِ والْإِنَاثِ ، إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ ، وكَانَ[١] لَهُ مَا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ)

---

(٦٢) سقط من : ب .
(٦٣–٦٣) فى ا ، ب ، م : « تلده بعد » .
(٦٤) فى ب زيادة : « قد » .
(٦٥) فى ب : « زوجة » .
(٦٦) فى ب : « وانقضاء » .
(٦٧) فى ب : « وتحريم » .
(٦٨) فى ب : « النسب » .
(١) سقط من : الأصل .

الأصلُ فى وُجوبِ نَفَقةِ الوالِدينَ والمَوْلُودِينَ الكتابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ ؛ أمَّا الكِتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[٢] . أوْجَبَ أجْرَ رَضاعِ الوَلَدِ على أبيه ، وقال سبحانه : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٣] . وقال سُبحانه : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾[٤] . ومن الإحْسانِ الإنْفاقُ عليهما عندَ حاجَتِهما . ومن السُّنَّةِ قولُ النَّبِىِّ ﷺ لهِنْد : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عليه[٥] . ورَوَتْ عائشةُ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « إنَّ أطْيَبَ / مَا أكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ » . رَواه أبو داودَ[٦] . وأما الإجماعُ ، فحَكَى ابنُ المُنْذِرِ ، قال : أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ نَفَقةَ الوالِدَيْنِ الفَقِيرَيْنِ اللَّذَيْن لا كَسْبَ لهما ، ولا مالَ ، واجِبَةٌ فى مالِ الوَلَدِ ، وأجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ ، على أنَّ على المَرْءِ نَفَقةَ أوْلادِه الأطْفالِ الذين لا مالَ لهم . ولأنَّ وَلَدَ الإنْسانِ بَعْضُه ، وهو بعضُ والِدِه ، فكما يجبُ عليه أن يُنْفِقَ على نَفْسِه وأهْلِه ، كذلك على بعضِه وأصْلِه . إذا ثبت هذا ، فإنَّ الأُمَّ تجبُ نَفقتُها ، ويجبُ عليها أن تُنْفِقَ على وَلَدِها إذا لم يكُنْ له أبٌ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافعىُّ . وحُكِىَ عن مالك ، أنَّه لا نَفقةَ عليها ، ولا لها ؛ لأنَّها ليستْ عَصَبةً لوَلَدِها . ولَنا ، قولُه سبحانه : ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ . وقال النَّبىُّ ﷺ لرَجُلٍ سألَه : مَنْ أبَرُّ ؟ قال : « أُمَّكَ ، ثُمَّ أُمَّكَ ، ثُمَّ أُمَّكَ ، ثُمَّ أبَاكَ ، ثُمَّ الْأَقْرَبَ فالأقْرَبَ » رواه أبو داودَ[٧] ، ولأنَّها أحَدُ الوالِدَيْنِ ، فأشْبَهَتِ الأبَ ، [٨]ولأنَّ بينهما قَرابةً تُوجِبُ رَدَّ الشهادةِ ، ووُجُوبَ العِتْقِ ، فأشْبَهتِ الأبَ[٨] . فإن أعْسَرَ الأبُ ، وجَبَتِ النَّفَقةُ على الأُمِّ ، ولم تَرْجِعْ بها عليه إن أيْسَرَ . وقال

(٢) سورة الطلاق ٦ .
(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .
(٤) سورة الإسراء ٢٣ .
(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٨ .
(٦) تقدم تخريجه فى ٢٦٣/٨ .
(٧) تقدم تخريجه ، فى : ٣٠٨/٤ .
(٨ – ٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

٨/١٨٩ ظ

أبو يوسف ومحمدٌ : تَرْجِعُ عليه . ولَنا ، أنَّ مَنْ وَجَبَ عليه الإنْفاقُ بالقَرابةِ ، لم يَرْجِعْ به ، كالأبِ .

فصل : ويجبُ الإنْفاقُ على الأَجْدادِ والجَدَّاتِ وإن عَلَوْا ، ووَلَدِ الوَلَدِ وإن سَفَلُوا . وبذلك قال الشافعيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وقال مالكٌ : لا تَجِبُ النَّفقةُ عليهم ولا لهم ؛ لأنَّ الجَدَّ ليس بأبٍ حَقِيقِيٍّ . ولَنا ، قولُه سبحانه : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾[9] . ولأنَّه يَدْخُلُ فى مُطْلَقِ اسمِ الوَلَدِ والوالِدِ[10] ، بدليلِ أنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾[11] . فيَدْخُلُ فيهم وَلَدُ البَنِين . وقال تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾[9] . وقال : ﴿ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾[12] . ولأنَّ بينَهما قَرابةً تُوجِبُ العِتْقَ ورَدَّ الشَّهادةِ ، فأشْبَهَ الوَلَدَ والوالِدَ القَرِيبَيْنِ .

فصل : ويُشْتَرَطُ لوُجُوبِ الإنْفاقِ ثَلاثةُ شُرُوطٍ : أحدُها ، أن يكونُوا فُقَراءَ ، لا مالَ لهم ، ولا كَسْبَ يَسْتَغْنُونَ[13] به عن إنْفاقِ غيرِهم ، فإن كانوا مُوسِرِينَ بمالٍ أو كَسْبٍ يسْتَغْنونَ به ، فلا نفقةَ لهم ؛ لأنَّها تَجِبُ على سَبِيلِ المُواساةِ ، [14]والمُوسِرُ مُسْتَغْنٍ عن المُواساةِ[14] . الثانى ، أن يكونَ لِمَنْ تجبُ عليه النَّفقةُ ما يُنْفِقُ عليهم ، فاضِلًا / عن نَفَقةِ نَفْسِه ، إمَّا من مالِه ، وإمَّا من كَسْبِه . فأمَّا مَن لا يَفْضُلُ عنه شىءٌ ، فليس عليه شىءٌ ؛ لما رَوَى جابرٌ ، أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال : « إذَا كَانَ أحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيَبْدَأْ بنَفْسِهِ ، فَإنْ فَضَلَ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ، فَإنْ كَانَ فَضْلٌ ، فَعَلَى قَرَابَتِهِ »[15] .

١٩٠/٨و

---

(٩) سورة البقرة ٢٣٣ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) سورة الحج ٧٨ .

(١٣) فى الأصل : « يستعينون » .

(١٤ - ١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥) أخرجه مسلم ، فى : باب الابتداء فى النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٩٣/٢ ، وأبو داود ، فى : باب فى بيع المدبر ، من كتاب العتاق . سنن أبى داود ٣٥٢/٢ . والنسائى ، فى : باب أى =

وفى لَفظٍ : « ابْدَأْ[16] بنفسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »[17] . حديثٌ صحيحٌ . وروَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رَجُلًا جاء إلى النَّبِىِّ ﷺ ، فقال : يا رسولَ الله ، عندى[18] دِينارٌ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى نَفْسِكَ » . قال : عندى[18] آخَرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى وَلَدِكَ » . قال : عندى آخرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى زَوْجِكَ »[19] . قال : عندى آخرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى خَادِمِكَ » . قال : عندى آخَرُ . قال : « أَنْتَ أَبْصَرُ »[20] . رواه أبو داودَ[21] ، ولأنَّها مُواساةٌ ، فلا تَجِبُ على المُحْتاجِ ، كالزَّكاةِ .
الثالث ، أن يكونَ المُنْفِقُ وارِثًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾[22] . ولأنَّ بينَ المُتَوارِثِين قرابةً تَقْتَضِى كَوْنَ الوارِثِ أحَقَّ بمالِ المَوْرُوثِ من سائرِ الناسِ ، فيَنْبَغِى أن يَخْتَصَّ بوُجُوبِ صِلَتِه بالنَّفقةِ دُونَهم ، فإن لم يكُنْ وارِثًا لعَدَمِ القَرابةِ ، لم تَجِبْ عليه النَّفَقةُ لذلك . وإن امْتَنَعَ المِيراثُ مع وُجُودِ القَرابةِ ، لم يَخْلُ من ثلاثةِ أقْسامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ أحَدُهما رَقِيقًا ، فلا نفقةَ لأحَدِهما على صاحِبه ، بغيرِ خلافٍ[23] ؛ لأنَّه لا وِلايةَ بينهما ولا إرْثَ ، فأشْبَهَا[24] الأجْنَبِيَّيْنِ ، ولأنَّ العَبْدَ لا مالَ له فتَجِبُ عليه النَّفَقةُ ، وكَسْبُه لسيِّدِه ، ونفَقَتُه على سَيِّدِه ، فيَسْتَغْنِى بها عن نَفَقةِ غيرِه . الثانى ، أن يكون دِينُهما مختلِفًا ، فلا نفقة لأحَدِهما على صاحِبِه . وذَكَرَ القاضى فى عَمُودَىِ النَّسَبِ روايتين ؛

= الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/٥٢ ، ٧/٢٦٧ ، ٢٦٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣٠٥ .

(١٦) فى الأصل : « ابتدى » .

(١٧) انظر ما تقدم فى حاشية ٤/١٥٠ ، ٢٦٤ .

(١٨ - ١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) فى ا : « زوجتك » .

(٢٠) فى الأصل زيادة : « به » .

(٢١) تقدم تخريجه ، فى : ٤/٣٠٩ .

(٢٢) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) فى الأصل ، م : « فأشبه » .

إحداهما ، تجبُ النَّفقةُ مع اختلافِ الدِّينِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّها نفقةٌ تَجبُ مع اتِّفاقِ الدِّينِ ، فتَجبُ مع اخْتِلافِه ، كنَفقةِ الزَّوجةِ والمَمْلوكِ[25] ، ولأنَّه يَعْتِقُ[26] على قَرِيبِه ، فيَجِبُ عليه الإِنْفاقُ عليه ، كما لو اتَّفَقَ دِينُهما . ولَنا ، أنَّها مُواساةٌ على سَبِيلِ البِرِّ والصِّلَةِ ، فلم تَجِبْ مع اختلافِ الدِّينِ ، كنَفقةِ غيرِ عَمُودَيِ النَّسَبِ ، ولأنَّهما غيرُ مُتَوارِثَيْنِ ، فلم يَجِبْ لأحَدِهما على الآخرِ نَفقةٌ[27] بالقَرابةِ ، كما لو كان أحَدُهما رقيقًا ، وتُفارِقُ نَفَقةَ الزَّوْجاتِ ؛ لأنَّها عِوَضٌ يَجِبُ مع الإِعْسارِ ، فلم يُنافِها اخْتلافُ الدِّينِ ، كالصَّداقِ والأُجْرةِ ، وكذلك تجبُ مع الرِّقِّ فيهما أو فى أحَدِهما ، وكذلك / نفقةُ الْمَماليكِ ، والعِتْقُ عليه يَبْطُلُ بسائرِ[28] ذَوِى الرَّحِمِ المَحْرَمِ ، فإنَّهم يَعْتِقُونَ مع اخْتلافِ الدِّينِ ، [29]ولا نَفقةَ لهم معه ، ولأنَّ هذه صِلَةٌ ومُواساةٌ ، فلا تَجبُ مع اخْتلافِ الدِّينِ[29] ، كأداءِ زَكاتِه إليه ، وعَقْلِه عنه ، وإرْثِه منه . الثالث ، أن يكونَ القَريبُ مَحْجُوبًا عن الميراثِ بمَن هو أقْرَبُ منه ، فيُنْظَر ؛ فإن كان الأقْرَبُ مُوسِرًا ، فالنَّفقةُ عليه ، ولا شىءَ على المَحْجُوبِ به ، لأنَّ الأَقْرَبَ أَوْلَى بالميراثِ منه ، فيكونُ أوْلَى بالإِنْفاقِ ، وإن كان الأقربُ مُعْسِرًا ، وكان مَنْ يُنْفِقُ عليه من عَمُودَيِ النَّسَبِ ، وجَبَتْ نَفَقَتُه على المُوسِرِ . وذكَرَ القاضى ، فى أبٍ مُعْسِرٍ وجَدٍّ مُوسِرٍ ، أنَّ النَّفقةَ على الْجَدِّ . وقال ، فى أُمٍّ مُعْسِرَةٍ وجَدَّةٍ مُوسِرةٍ : النَّفقةُ على الجَدَّةِ . وقد قال أحمدُ : لا يَدْفَعُ الزَّكاةَ إلى وَلَدِ ابنَتِه ؛ لقَوْلِ النَّبىِّ ﷺ : « إنَّ ابْنِى هٰذَا سَيِّدٌ »[30] . فسَمَّاه ابْنَه ، وهو ابنُ ابْنَتِه ، وإذا مُنِعَ من دَفْعِ الزكاةِ إليهم لقَرابَتِهم ، يَجبُ أن تَلْزَمَه نَفقَتُهم عندَ حاجَتِهم . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وإن كان من غيرِ عَمُودَيِ النَّسَبِ ، لم تجبِ النَّفقةُ عليه إذا كان

٨/١٩٠ظ

---

(٢٥) فى ب ، م : « والمملوكة » .

(٢٦) فى الأصل : « حق » .

(٢٧) فى ا ، ب ، م : « نفقته » .

(٢٨) فى الأصل : « سائر » .

(٢٩ - ٢٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٠) تقدم تخريجه ، فى : ٩٨/٤ .

مَحْجُوبًا . قال القاضى ، وأبو الخَطَّاب ، فى ابنٍ فقيرٍ وأخٍ مُوسِرٍ : لا نَفَقةَ عليهما ؛ لأنَّ الابنَ لا نَفقةَ عليه لعُسْرَتِه ، والأخَ لا نَفقةَ عليه لعَدَمِ إرْثِه ، ولأنَّ قَرابَتَه ضعيفةٌ لا تَمْنَعُ شَهادَتَه له ، فإذا لم يكُنْ وارِثًا لم تجبْ عليه النَّفقةُ ، كذَوِى الرَّحِمِ . ويتَخَرَّجُ فى كلِّ وارِثٍ ، لولا الحَجْبُ ، إذا كان مَنْ يَحْجُبُه مُعْسِرًا وجهان ؛ أحدهما ، لا نَفقةَ عليه ؛ لأنَّه ليس بوارِثٍ ، أشْبَهَ الأجْنَبِىَّ . والثانى ، عليه النَّفَقةُ ؛ لوُجُودِ القَرابةِ المُقْتَضِيةِ للإِرْثِ والإِنفاقِ ، والمانعُ من الإِرْثِ لا يَمْنَعُ من الإِنفاقِ ؛ لأنَّه مُعْسِرٌ لا يُمْكِنُه الإِنْفاقُ ، فوُجُودُه بالنِّسْبةِ إلى الإِنْفاقِ كعَدَمِه .

فصل : فأمَّا ذَوُو الأرْحامِ الذين لا يَرِثُونَ بفَرْضٍ ولا تَعْصِيبٍ ، فإن كانوا من غيرِ عَمُودَىِ النَّسَبِ ، فلا نَفقةَ عليهم . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : الخالةُ والعَمَّةُ لا نَفقةَ عليهما . قال القاضى : لا نَفقةَ لهم رِوايةً واحدةً ؛ وذلك لأنَّ قَرابَتَهم ضعيفةٌ ، وإنَّما يأخذون مالَه عند عَدَمِ الوارِثِ ، فهم كسائرِ المسلمينَ ، فإنَّ المالَ يُصْرَفُ إليهم إذا لم يكُنْ للمَيِّتِ وارِثٌ ، وذلك الذى يأخُذُه بيتُ المالِ ، ولذلك يُقَدَّمُ الرَّدُّ عليهم . /وقال أبو الخَطَّابِ : يُخَرَّجُ فيهم روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ النَّفقةَ تَلْزَمُهم عندَ عَدَمِ العَصَباتِ وذَوِى الفُرُوضِ ؛ لأنَّهم وارِثُونَ فى تلك الحال . قال ابنُ أبى موسى : هذا يتَوَجَّهُ على معنَى قولِه ، والأوَّل هو المنْصوصُ عنه . فأمَّا عَمودُ النَّسَبِ ، فذكر القاضى ما يَدُلُّ على أنَّه يجبُ الإِنفاقُ عليهم ، سَواءٌ كانوا من ذَوِى الأرْحامِ ، كأبى[31] الأُمِّ وابنِ البِنْتِ ، أو من غيرِهم ، وسَواءٌ كانوا مَحْجُوبينَ أو وارِثِينَ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ وذلك لأنَّ قرابَتَهم قَرابةُ جُزْئيَّةٍ وبَعْضِيَّةٍ ، وتَقْتَضِى رَدَّ الشَّهادةِ ، وتَمْنَعُ جَرَيانَ القِصاصِ على الوالِدِ بقَتْلِ الوَلَدِ وإن سَفَلَ ، فأوْجَبَتِ النَّفقةَ على كلِّ حالٍ ، كقَرابةِ الأبِ الأدْنَى .

۱۹۱/۸ و

فصل : ولا يُشْتَرطُ فى وُجُوبِ نَفقةِ الوالِدينَ والمولُودِينَ نَقْصُ الخِلْقةِ ، ولا نقصُ الأحْكامِ ، فى ظاهرِ المَذْهَبِ ، وظاهرِ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ فإنَّه أوْجَبَ نفقَتَهم مُطْلقًا إذا

---

(۳۱) فى م : « كأب » .

كانوا فُقَراءَ وله ما يُنْفِقُ عليهم . وقال القاضى : لا يُشْتَرَطُ فى الوالِدين . وهل يُشْتَرطُ ذلك فى الوَلَدِ ؟ فكلامُ أحمدَ يقْتَضِى روايتَيْنِ ؛ إحداهما ، تلْزَمُ[٣٢] نفقتُه ؛ لأنَّه فقيرٌ . والثانية ، أنَّه[٣٣] إن كان يَكْتَسِبُ فيُنْفِقُ على نَفْسِه ، لم تَلْزَمْ نفقتُه . وهذا القولُ يَرْجِعُ إلى أنَّ الذى لا يَقْدِرُ على كَسْبِ ما يَقُومُ به تَلْزَمُ نفقتُه ، روايةً واحدةً ، سواءٌ كان ناقِصَ الأحْكامِ ، كالصَّغيرِ والمجنونِ ، أو ناقِصَ الخِلْقةِ ، كالزَّمِنِ ، وإنَّما الرِّوايتان فى مَن لا حِرْفَةَ له ممَّن يَقْدِرُ على الكَسْبِ ببَدَنِه . وقال الشافعىُّ : يُشْتَرَطُ نُقْصانُه ، إمَّا من طريقِ الحُكْمِ ، أو من طريقِ الخِلْقَةِ . وقال أبو حنيفةَ : يُنْفَقُ على الغُلامِ حتى يَبْلُغَ ، فإذا بَلَغَ صَحِيحًا ، انْقطَعتْ نَفقَتُه ، ولا تسقطُ نفقةُ الجارِيةِ حتى تَتَزَوَّجَ[٣٤] . ونحوَه قال مالكٌ ، إلَّا أنَّه قال : يُنْفَقُ على النِّساءِ حتى يتَزَوَّجْنَ ، ويَدْخُلَ بهنَّ الأزْواجُ ، ثم لا نَفقةَ لَهُنَّ ، وإن طُلِّقْنَ ، ولو[٣٥] طُلِّقْنَ[٣٦] قبلَ البِنَاءِ بهنَّ ، فهُنَّ على نَفَقَتِهِنَّ . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ لهِنْد : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » . لم يَسْتَثْنِ منهم بالِغًا ولا صَحِيحًا ، ولأنَّه والدٌ أو ولدٌ فقيرٌ ، فاسْتَحَقَّ النَّفقةَ على والِده أو وَلَدِه الغَنِىِّ ، كما لو كان زَمِنًا أو مَكْفُوفًا ، فأمَّا الوالدُ ، فإنَّ أبا حنيفةَ وافَقَنا على وُجُوبِ نفقَتِه صَحِيحًا إذا لم يكُنْ ذا كَسْبٍ ، وللشافعىِّ فى ذلك قَوْلان . ولَنا أنَّه / والِدٌ مُحتاجٌ ، فأشْبَهَ الزَّمِنَ . ٨/١٩١ظ

فصل : ومَن كان له أبٌ من أهلِ الإنْفاقِ ، لم تجِبْ نفقَتُه على سِوَاهُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ . وقال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ . وقال النَّبىُّ ﷺ لهِنْد : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » . فجعل النَّفقةَ على أبِيهِم دُونَها . ولا خِلافَ فى هذا نَعْلَمُه ، إلَّا أنَّ لأصحابِ الشافعىِّ ، فيما إذا اجْتَمَعَ للفقيرِ أبٌ وابنٌ مُوسِرانِ ، وَجْهَين ؛ أحدُهما ، أنَّ النَّفَقَةَ على الأبِ وحدَه . والثانى ، عليهما جميعًا ؛ لتساوِيهما فى القُرْبِ . ولَنا ، أنَّ النَّفقةَ على الأبِ مَنْصوصٌ عليها ، فيَجِبُ اتِّباعُ النَّصِّ ، وتَرْكُ ما عَداهُ .

---

(٣٢) فى م : « تلزمه » .
(٣٣) سقط من : م .
(٣٤) فى الأصل ، ا : « تزوج » .
(٣٥) فى ب : « أو » .
(٣٦) سقط من : ب .

فصل : ويَلْزَمُ الرَّجُلَ إعْفافُ أبيه ، إذا احتاجَ إلى النكاحِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . ولهم فى إعْفافِ الأبِ الصَّحيحِ وجهٌ آخرُ ، أنَّـه لا يَجِبُ . (٣٧وقال أبـو حنيفةَ : لا يَلْزَمُ الرَّجُلَ إعفافُ أبيه ، سواءٌ وجَبَتْ نفقَتُه أو لم تَجِبْ ؛ لأنَّ ذلك من أعظمِ المَلَاذِّ ، فلم تَجِبْ للأبِ ، كالحَلْواءِ ، ولأنَّه أحدُ الأبوَيْنِ، فلم يَجِبْ٣٧) له ذلك(٣٨) كالأُمِّ . ولَنا ، أنَّ ذلك ممَّا تَدْعُو حاجَتُه إليه ، ويَسْتَضِرُّ بفَقْدِه ، فلَزِمَ ابْنَه له ، كالنَّفقةِ ، ولا يُشْبِه الحَلْواءَ ؛ لأنَّه لا يَسْتَضِرُّ بفَقْدِها ، وإنَّما يُشْبِهُ الطَّعامَ والأُدْمَ ، وأمَّا الأُمُّ فإنَّ(٣٩ إعْفافُها إنَّما هو تَزْوِيجُها٣٩) إذا طَلَبَتْ ذلك ، وخَطَبَها كُفْؤُها ، ونحن نقولُ بوُجُوبِ ذلك عليه ، وهم يوافِقُونَنا فى ذلك . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَجِبُ إعفافُ مَنْ لَزِمَتْ نفقَتُه من الآباءِ والأجْدادِ ، فإن اجْتَمَعَ جَدَّانِ ، ولم يُمْكِنْ إلَّا إعْفافُ أحَدِهما ، قُدِّمَ الأقْرَبُ ، إلَّا أن يكونَ أحَدُهما من جهةِ الأبِ والآخرُ من جهةِ الأُمِّ ، فيُقَدَّمُ الذى من جهةِ الأبِ وإن بَعُدَ ؛ لأنَّه عَصَبَةٌ ، والشَّرْعُ قد اعْتَبَرَ جِهَتَه فى التَّوْرِيثِ والتَّعْصِيبِ ، فكذلك فى الإنْفاقِ والاسْتِحقاقِ .

فصل : وإذا وَجَبَ عليه إعْفافُ أبيه ، فهو مُخَيَّرٌ ، إن شاءَ زَوَّجَه حُرَّةً ، وإن شاء مَلَّكه أمَةً ، أو دَفَعَ إليه ما يتزوَّجُ به حُرَّةً أو يَشْتَرِى به أمَةً ، وليس للأبِ التَّخْيِيرُ عليه ، إلَّا أنَّ الأبَ إذا عَيَّنَ امرأةً ، وعَيَّنَ الابنُ أُخْرَى ، وصَدَاقُهما واحدٌ ، قُدِّمَ تَعْيِينُ الأبِ ؛ لأنَّ النكاحَ له ، والمُؤْنَةَ واحدةٌ ، فقُدِّمَ قولُه كما لو عَيَّنَتِ البنتُ كُفْؤًا ، وعَيَّنَ الأبُ كُفْؤًا ، لقُدِّمَ(٤٠) تَعْيِينُها . /وإن اخْتَلَفا فى الصَّداقِ ، لم يَلْزَمِ الابنَ الأكْثَرُ ؛ لأنَّه إنَّما يَلْزَمُ أقَلُّ ما تَحْصُلُ به الكِفايةُ ، ولكن ليس له أنْ يُزَوِّجَه أو يُمَلِّكَه قَبِيحةً أو كبيرةً لا اسْتِمْتاعَ فيها ، وليس له أن يُزَوِّجَه أمَةً ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا عليه ، وهو إرْقاقُ وَلَدِه ، والنَّقْصُ فى اسْتِمْتاعِه .

١٩٢/٨ و

(٣٧ – ٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٨) سقط من : ب .

(٣٩ – ٣٩) فى ب ، م : « فإنما إعفافها بتزويجها » .

(٤٠) فى م : « يقدم » .

وإن رَضِيَ الأَبُ بذلك لم يَجُزْ ، لأنَّ الضررَ يَلْحَقُ بغيرِه ، وهو الوَلَدُ ، ولذلك لم يكُنْ للمُوسِرِ أن يتزوَّجَ أَمَةً . وإذا زَوَّجه زوجةً أو مَلَّكَه أمةً ، فعليه نفقَتُه ونفقَتُها . ومتى أَيْسَرَ الأَبُ ، لم يكُنْ للوَلَدِ اسْتِرْجاعُ ما دَفَعه إليه ، ولا عِوَضُ ما زَوَّجه به ؛ لأنَّه دَفَعه إليه فى حالِ وُجُوبه عليه ، فلم يَمْلِك اسْتِرجاعَه ، كالزَّكاةِ . وإن زَوَّجه أو مَلَّكَه أمةً[41] فطَلَّقَ الزَّوجةَ أو أَعْتَقَ الأَمَةَ ، لم يكُنْ عليه[42] أن يُزَوِّجَه أو يُمَلِّكَه ثانيًا ؛ لأنَّه فَوَّتَ ذلك على نَفْسِه . وإن ماتَتَا ، فعليه إعْفافُه ثانيًا ؛ لأنَّه لا صُنْعَ له فى ذلك .

فصل : قال أصحابُنا : وعلى الأَبِ إعْفافُ ابْنِه إذا كانت عليه نفقَتُه ، وكان مُحْتاجًا إلى إعْفافِه . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : لا يَجِبُ ذلك عليه . ولَنا ، أنَّه من عَمُودَىْ نَسَبِه ، وتَلْزَمُه نفقَتُه ، فَلزِمَه[43] إعْفافُه عندَ حاجَتِه إليه ، كأَبِيه . قال القاضى : وكذلك يجىءُ فى كلِّ مَنْ لَزِمَتْه نفقَتُه ؛ من أخٍ ، أو عَمٍّ[44] ، أو غيرِهم ؛ لأنَّ أحمدَ قد نَصَّ فى العَبْدِ : يَلْزَمُه أن يُزَوِّجَه إذا طَلَبَ ذلك ، وإلَّا بِيعَ عليه . وكلُّ من لَزِمَه إعْفافُه ، لَزِمَتْه نَفقةُ زَوْجَتِه ؛ لأنَّه لا يَتَمَكَّنُ من الإعْفافِ إلَّا بذلك . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه لا يَلْزَمُ الأَبَ نَفَقةُ زَوْجةِ الابنِ . وهذا محمولٌ على أن الابْنَ كان يَجِدُ نفقَتَها .

١٣٨٣ – مسألة ؛ قال : (وَكَذٰلِكَ الصَّبِيُّ إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أبٌ ، أُجْبِرَ وَارِثُهُ عَلَى نَفَقَتِهِ ، عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ مِنْهُ)

ظاهرُ المذهبِ أنَّ النَّفقةَ تجبُ على كلِّ وارثٍ لمَوْرُوثِه ، إذا اجْتَمَعَتِ الشُّروطُ التى تقَدَّمَ (١ذكَرْنا لها١) . وبه قال الحسنُ ، ومُجاهِدٌ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادةُ ، والحسنُ

---

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) فى الأصل : « له » .

(٤٣) فى ب ، م : « فيلزمه » .

(٤٤) فى الأصل ، ب ، م : « وعم » .

(١ – ١) فى ب : « ذكرها » .

ابن[٢] صالحٍ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأبو ثَوْرٍ . وحَكَى ابنُ المُنْذِرِ ، عن أحمدَ ، فى الصَّبِىِّ المُرْضَعِ لا أب له[٢] ولا جَدٌّ ، نفقتُه وأجْرُ رَضاعِه على الرِّجالِ دُونَ النِّساءِ . وكذلك رَوَى بكرُ بن محمدٍ ، عن أبيه ، عن أحمدَ : النَّفقةُ على العَصَباتِ . وبه قال الأَوْزَاعِىُّ ، وإسْحاقُ . / وذلك لما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قَضَى على بَنِى عَمّ مَنْفُوس بنَفقَتِه[٣] . احْتَجَّ به أحمدُ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : رُوِىَ عن عمرَ أنَّه حَبَسَ عَصَبةً يُنْفِقُونَ[٤] على صَبِىٍّ ، الرجالَ دون النِّساءِ[٥] . ولأنَّها مُواساةٌ ومَعُونةٌ تَخْتَصُّ القَرابةَ ، فاختصَّتْ [٦]بها العَصَباتُ[٦] ، كالعَقْلِ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : تجبُ النَّفقةُ على كلِّ ذى رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، ولا تجبُ على غيرِهم ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِى كِتَابِ اللَّهِ ﴾[٧] . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا نَفقةَ إلَّا على المَوْلُودِينَ والوالِدينَ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ [٨]قال لرجلٍ[٨] سأله : عندى دينارٌ ؟ قال : « أَنْفِقْهُ عَلَى نَفْسِكَ » . قال : عندى آخَرُ ؟ قال : « أَنْفِقْهُ على وَلَدِكَ »[٩] . قال : عندى آخَرُ ؟ قال : « أَنْفِقْهُ عَلَى أَهْلِكَ »[١٠] . قال : عندى آخَرُ ؟ [٨]قال : « أَنْفِقْهُ عَلَى خادِمِكَ » . قال : عِنْدِى آخَرُ ؟[٨] . قال : « أَنْتَ أَعْلَمُ[١١] »[١٢] . ولم يَأْمُرْه

١٩٢/٨ ظ

---

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : الرضاع على الرجال دون النساء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٤٦/٥ ، ٢٤٧ . وابن جرير ، فى : تفسير سورة البقرة ، الآية ٢٣٣ ، تفسير الطبرى ٥٠٠/٢ .

(٤) فى الأصل : « منفوس » . وعند البيهقى وسعيد ، أنه خيّر عصبة صبى .

(٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قول الله عز وجل : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤٧٨/٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٣/٢ .

(٦ - ٦) فى ا ، ب ، م : « بالعصبات » .

(٧) سورة الأنفال ٧٥ .

(٨ - ٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « أهلك » .

(١٠) فى م : « خادمك » .

(١١) فى م زيادة : « به » .

(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ٣٠٩/٤ .

بإنْفاقِه على غيرِ هؤلاءِ ، ولأنَّ الشَّرْعَ إنَّما وَرَدَ بنَفقةِ الوَالِدين والمَوْلُودِينَ ، ومَن سِوَاهم لا يَلْحَقُ بهم فى الوِلادَةِ وأحْكامِها ، فلا يَصِحُّ قِياسُه[13] عليهم . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ثم قال : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ . فأوْجَبَ على الأبِ نَفقةَ الرَّضاعِ ، ثم عَطَفَ الوارِثَ عليه ، فأوْجَبَ على الوارِثِ مثلَ ما أوْجَبَ على الوالِدِ . ورُوِىَ أن رَجُلًا سأَلَ النَّبِىَّ ﷺ قال[14] : مَنْ أَبَرُّ ؟ قال : « أُمَّكَ وَأَبَاكَ ، وأُخْتَكَ وأخاكَ » . وفى لفظٍ : « ومَوْلَاكَ الَّذِى هُوَ أَدْنَاكَ ، حَقًّا واجِبًا ، ورَحِمًا مَوْصُولًا » . رواه أبو داودَ[15] . وهذا نَصٌّ ؛ لأنَّ[16] النَّبِىَّ ﷺ ألْزَمَه الصِّلَةَ والبِرَّ ، والنَّفقةُ من الصِّلَةِ ، جَعَلَها حقًّا واجبًا ، وما احْتَجَّ به أبو حنيفةَ حُجَّةٌ عليه ، فإنَّ اللَّفْظَ عامٌّ فى[17] كل ذِى رَحِمٍ ، فيكونُ حُجَّةً عليه[18] فى عِدادِ[18] الرَّحِمِ المَحْرَمِ ، وقد اخْتَصَّتْ بالوارِثِ فى الإرْثِ فكذلك فى الإنْفاقِ . وأما خَبَرُ أصحابِ الشافعىِّ ، فقَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أنَّه لم يكُنْ له غيرُ من أُمِرَ بالإنْفاقِ عليه ، ولهذا لم يَذْكُرِ الوالِدَ والأجْدادَ وأولادَ الأولادِ . وقولهم : لا يَصِحُّ القِياسُ . قُلْنا : إنَّما أثْبَتْناه بالنَّصِّ ، ثم إنَّهم قد ألْحَقُوا أولادَ الأولادِ بالأولادِ ، مع التفاوُتِ ، فبَطَلَ ما قالُوه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَخْتَصُّ بالوارِثِ بِفَرْضٍ أو تَعْصيبٍ ، لعُمُومِ الآية ، ولا يتناوَلُ ذَوِى الأرْحامِ ، على ما مَضَى بَيانُه ، فإن كان اثنان يَرِثُ / أحَدُهما الآخَرَ ولا يَرِثُه الآخرُ ، كالرَّجُلِ مع عَمَّتِه أو ابْنَةِ عَمِّه وابنةِ أخِيه ، والمرأةِ مع ابْنةِ بِنْتِها وابْنِ[19] بِنْتِها ، فالنَّفقةُ على الوارِثِ دون المَوْرُوثِ . نَصَّ

١٩٣/٨و

---

(١٣) فى الأصل : « قياسهم » .
(١٤) سقط من : ا ، ب ، م .
(١٥) فى : باب فى بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٢٩/٢ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب أيتهما اليد العليا ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٤٦/٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٢٦/٢ ، ٦٤/٤ ، ٦٥ ، ٣٧٧/٥ .
(١٦) سقط من : ا .
(١٧) فى الأصل : « على » .
(١٨-١٨) فى ا ، ب ، م : « فيمن عدا ذا » .
(١٩) سقط من : الأصل .

عليه أحمدُ ، فى روايةِ ابنِ زِيَادٍ ، فقال : يَلْزَمُ الرَّجُلَ نَفقةُ[20] بنتِ عمِّه[20] ، ولا يَلْزَمُه نَفقةُ بنتِ أُخْتِه . وذكَرَ أصحابُنا روايةً أُخْرَى ، لا تجبُ النَّفقةُ على الوارِثِ هٰهُنا ؛ لقولِ أحمدَ : العَمَّةُ والخالةُ لا نفقةَ لهما . إلَّا أنَّ القاضىَ قال : هذه الرِّوايةُ محمولةٌ على العَمَّةِ من الأُمِّ ، فإنَّه[21] لا يَرِثُها ؛ لكوْنِه ابنَ أخِيها من أُمِّها . وقد ذكَرَ الْخِرَقِىُّ ، أنَّ على الرَّجُلِ نَفقةَ مُعْتِقِه ؛ لأنَّه وارِثُه . ومعلومٌ أنَّ المُعْتَقَ لا يَرِثُ مُعْتِقَه ، ولا تَلْزَمُه نفقَتُه . فعلى هذا ، يَلْزَمُ الرجلَ نفقةُ عَمَّتِه لأبَوَيْه أو لأبِيه وابْنَةِ عَمِّه وابْنَةِ أُخْتِه كذلك ، ولا يَلْزَمُهُنَّ نفقَتُه . وهذا هو الصَّحِيحُ إن شاء الله تعالى ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ . وكل واحدٍ من هؤلاء وارِثٌ .

١٣٨٤ – مسألة ؛ قال : (فَإنْ كَانَ لِلصَّبِىِّ أُمٌّ وَجَدٌّ ، فَعَلَى الأُمِّ ثُلُثُ النَّفَقَةِ ، وَعَلَى الْجَدِّ ثُلُثَا النَّفَقَةِ)

وجملتُه أنَّه إذا لم يكُنْ للصبىِّ أَبٌ ، فالنَّفقةُ على وارِثِه . فإن كان له وارِثانِ ، فالنَّفقةُ عليهما على قَدْرِ إرْثِهِما منه ، وإن كانوا ثلاثةً أو أكثرَ ، فالنَّفقةُ بينهم على قَدْرِ إرْثِهِم منه ؛ فإذا كان له أُمٌّ وجَدٌّ ، فعلى الأُمِّ الثلثُ والباقى على الجَدِّ ؛ لأنَّهما يَرِثانِه كذلك . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : النَّفقةُ كلُّها على الْجَدِّ ؛ لأنَّه يَنْفرِدُ بالتَّعْصيبِ ، فأشْبَهَ الأبَ . وقد ذكَرْنا روايةً أخرى عن أحمدَ ، أنَّ النَّفقةَ على العَصَباتِ خاصَّةً . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾[1] . والأُمُّ وارِثَةٌ ، فكان عليها بالنَّصِّ ، ولأنَّه مَعْنًى يُسْتَحَقُّ بالنَّسَبِ ، فلم يَخْتَصَّ به الجَدُّ دُونَ الأُمِّ ، كالوارِثةِ .

(٢٠ – ٢٠) فى م : « عمته » .

(٢١) فى ب : « فإنها » .

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

فصل : وإن اجْتَمَعَ ابنٌ وبنتٌ ، فالنَّفقةُ بينهما أثْلاثًا ، كالمِيراثِ . وقال أبو حنيفةَ : النَّفقةُ عليهما سَواءٌ ؛ لأنَّهما سَواءٌ فى القُرْبِ . وإن كانتْ[2] أُمٌّ وابْنٌ ، فعلى الأُمِّ السُّدسُ ، والباقى على الابْنِ . وإن كانت بنتٌ وابْنُ ابنٍ ، فالنَّفقةُ بينهما نِصْفان[3] . وقال أبو حنيفةَ : النَّفقةُ على البِنْتِ ؛ لأنَّها أقْرَبُ . وقال الشافعيُّ فى هذه المسائلِ الثلاث : النَّفقةُ على الابْنِ ؛ لأنَّه العَصَبةُ . وإن كانتْ له أُمٌّ وبنتٌ ، فالنَّفقةُ بينهما أرْباعًا ؛ لأنَّهما يَرِثانِه كذلك . وبه قال / أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : النَّفقةُ على البِنْتِ ؛ لأنَّها تكونُ عَصَبةً مع أخِيها . وإن كانت له[4] بِنْتٌ وابنُ بِنْتٍ ، فالنَّفقةُ على البِنتِ . وقال أصْحابُ الشافعيِّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ : النفقةُ على ابْنِ البنتِ ؛ لأنَّه ذَكَرٌ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ . فرَتَّبَ النَّفقةَ على الإرْثِ ، فيجبُ أن تَتَرتَّبَ فى المِقْدارِ عليه ، وإيجابُها على ابنِ البنتِ يُخالِفُ[5] النَّصَّ والمعنى ، فإنَّه ليس بعَصَبةٍ ولا وارثٍ ، فلا معنى لإيجابِها عليه دُونَ البنتِ الوارثةِ .

١٩٣/٨ ظ

١٣٨٥ – مسألة ؛ قال : (**فَإنْ كَانَتْ جَدَّةً وأخًا ، فَعَلَى الْجَدَّةِ سُدسُ النَّفَقةِ والْبَاقِى عَلَى الأَخِ ، وَعَلَى هٰذَا الْمَعْنَى حِسَابُ النَّفَقاتِ**)

يعنى أنَّ تَرْتِيبَ النَّفقاتِ[1] على تَرْتيبِ الميراثِ ، فكما أنَّ للجَدَّةِ هٰهُنا سُدسَ الميراثِ ، فعليها سُدسُ النَّفقةِ ، وكما أنَّ الباقِىَ للأخِ ، فكذلك الباقِى من النَّفقةِ عليه . وعنَد مَنْ لا يَرَى النَّفقةَ على غيرِ عَمُودَىِ النَّسَبِ ، يَجْعَلُ النَّفقةَ كلَّها على الْجَدَّةِ . وهذا أصْلٌ قد سَبَقَ الكلامُ فيه . فإن اجْتَمَعَ بنتٌ وأختٌ ، أو بنتٌ وأخٌ ، أو بنتٌ وعَصَبةٌ ، أو أختٌ وعَصَبةٌ ، أو أختٌ وأُمٌّ ، أو بنتٌ وبنتُ ابْنٍ ، أو أختٌ لأَبوَيْنِ وأختٌ لأبٍ ، أو

---

(٢) فى م : « كان » .

(٣) فى م : « نصفين » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ا ، م : « بخلاف » .

(١) فى ا : « النفقة » .

ثلاثُ أخواتٍ مُفْتَرِقات[٢] ، فالنَّفقةُ بينهم على قَدْرِ الميراثِ فى ذلك ، سواءٌ كان فى المسألةِ رَدٌّ أو عَولٌ أو لم يكُنْ . وعلى هذا تَحْسِبُ ما أتاك من المسائلِ[٣] . وإن اجْتَمَعَ أُمٌّ أُمٍّ وأُمُّ أبٍ ، فهما سواءٌ فى النَّفقةِ ؛ لِاسْتِوائِهما فى الميراثِ .

فصل : فإن اجْتَمَعَ أبَوا[٤] أُمٍّ ، فالنَّفقةُ على أُمِّ الأُمِّ ؛ لأنَّها الوارِثةُ . وإن اجْتَمَعَ أبَوا[٤] أبٍ ، فعلى أُمِّ الأبِ السُّدسُ ، والباقى على الجَدِّ . وإن اجْتَمع جَدٌّ وأخٌ ، فهما سَواءٌ . وإن اجتمعتْ أُمٌّ وأخٌ وجَدٌّ ، فالنَّفقةُ بينهم أثْلاثًا . وقال الشافعىُّ : النَّفقةُ على الْجَدِّ فى هذه المسائلِ كلِّها ، إلَّا المسألةَ الأُولَى ، فالنَّفقةُ عليهما بالسَّوِيَّةِ . وقد مَضَى الكلامُ على أصلِ هذا فيما تقدَّمَ .

فصل : فإن كان فى مَن عليه النَّفقةُ خُنْثَى مُشْكِلٌ ، فالنَّفقةُ عليه بقَدْرِ مِيراثه ، فإن انْكَشَفَ بعدَ ذلك حالُه ، فبانَ أنَّه أنْفَقَ أكثرَ من الواجبِ عليه ، رَجَعَ بالزِّيادةِ على شَرِيكه فى الإنْفاقِ ، وإن بانَ أنَّه أنْفَقَ أقلَّ ، رَجَعَ عليه ، فلو كان للرجلِ ابنٌ وولدٌ خُنْثَى ، عليهما نفقتُه ، فأنْفَقَا عليه ، ثم بان أنَّ الخُنْثَى / ابنٌ ، رَجَعَ عليه أخوه بالزِّيادةِ ، وإن بان بِنْتًا ، رَجَعَتْ على أخِيها بفضْلِ نَفَقَتِها ؛ لأنَّ مَن له الفَضْلُ أدَّى ما لا يَجِبُ عليه أداؤُه ، مُعْتَقِدًا وُجُوبَه[٥] ، فإذا تبَيَّنَ خِلافُه ، رَجَع بذلك ، كما لو أدَّى ما يَعْتَقِدُه دَيْنًا [٦]فبان خِلافُه[٦] .

١٩٤/٨و

فصل : فإن كان له قَرَابتانِ مُوسِرَانِ ، وأحَدُهُما مَحْجوبٌ عن مِيراثِه بفَقِيرٍ[٧] ، فقد ذكَرْنا أنَّه إن كان المَحْجُوبُ من عَمُودَىِ النَّسَبِ ، فالظَّاهرُ أنَّ الحَجْبَ لا يُسْقِطُ

---

(٢) فى الأصل ، م : « متفرقات » .
(٣) فى ب ، م : « مسائل » .
(٤) فى ا ، ب ، م : « أبو » .
(٥) سقط من : ب .
(٦ – ٦) فى م : « فأبان بخلافه » .
(٧) فى ب : « نفقة » خطأ . وفى م : « فقير » .

النَّفقةَ عنه ، وإن كان من غيرِهِما ، فلا نَفقةَ عليه . فعلى هذا ، إذا كان له أبوانِ وجَدٌّ ، والأبُ مُعْسِرٌ ، كان الأبُ كالمَعْدُومِ ، فيكونُ على الأُمِّ ثُلُثُ النَّفقةِ ، والباقى على الجَدِّ . وإن كان معهم زَوْجةٌ ، فكذلك . وإن قُلْنا : لا نَفقةَ على المَحْجُوبِ . فليس على الأُمِّ هٰهُنا إلَّا رُبعُ النَّفقةِ ، ولا شيءَ على الجَدِّ . وإن كان أبوانِ وأخَوان وجَدٌّ ، والأبُ مُعْسِرٌ ، فلا شيءَ على الأخَوَيْنِ ؛ لأنَّهما مَحْجُوبانِ ، وليسا من عَمُودَيِ النَّسَبِ ، ويكونُ على الأُمِّ الثلثُ ، والباقى على الجَدِّ ، كما لو لم يكُنْ أحَدٌ غيرَهما . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَجِبَ على الأُمِّ إلَّا السُّدسُ ؛ لأنَّه لو كان الأبُ مَعْدُومًا ، لم تَرِثْ إلَّا السُّدسَ . وإن قُلْنا : إنَّ كلَّ مَحْجُوبٍ لا نَفَقةَ عليه . فليس على الأُمِّ إلَّا السُّدسُ ، ولا شيءَ على غيرِها . وإن لم يكُنْ فى المسألةِ جَدٌّ ، فالنَّفقةُ كلُّها على الأُمِّ . على القَوْلِ الأوَّلِ . وعلى الثانى ، ليس عليها إلَّا السُّدسُ . وإن قُلْنا : إنَّ على المَحْجُوبِ بالمُعْسِرِ النَّفقةَ ، وإن كان من غيرِ عَمُودَيِ النَّسَبِ . فعلى الأُمِّ السُّدسُ ، والباقى على الجَدِّ والأخَوَيْنِ أثْلاثًا ، كما يَرِثُونَ إذا كان الأبُ مَعْدومًا . وإن كان بعضُ مَنْ عليه النَّفَقةُ غائبًا ، وله مالٌ حاضرٌ ، أنْفَقَ الحاكمُ منه حِصَّتَه ، وإن لم يُوجَدْ له مالٌ حاضرٌ ، فأمْكَنَ الحاكمَ الاقْتِراضُ عليه ، اقْتَرَضَ ، فإذا قَدِمَ ، فعليه وَفاؤُه .

فصل : ومَنْ لم يَفْضُلْ عن قُوتِه إلَّا نَفَقةُ شَخْصٍ ، وله امرأةٌ ، فالنَّفقةُ لها دُونَ الأقارِبِ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ ، فى حديثِ جابرٍ : « إِذَا كَانَ أحَدُكُم فَقِيرًا ، فَلْيَبْدَأْ بنَفْسِه ، (٨ فَإِنْ كَانَ (٩) فَضْلٌ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ٨) ، فإنْ كَانَ (٩) فَضْلٌ ، فَعَلَى قَرَابَتِهِ » (١٠) . ولأنَّ نَفقةَ القَرِيبِ مُواساةٌ ، ونَفقةَ المرأةِ تَجِبُ على سبيلِ المُعَاوَضةِ ، فقُدِّمَتْ على مُجَرَّدِ المُواساةِ ، ولذلك وَجَبَتْ مع يَسَارِهما وإعْسارِهما ، / ونفقةُ القَرِيبِ بخلافِ ذلك ، ولأنَّ ٨/١٩٤ظ

(٨ - ٨) سقط من : ب .

(٩) فى ا ، م زيادة : « له » .

(١٠) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٣٧٤ .

نفقةَ الزَّوجةِ تجبُ لحاجَتِه ، فقُدِّمَتْ على نَفقةِ القَرِيبِ[١١] ، كنفقةِ نَفْسِه ، ثم من[١٢] بعدِها[١٣] نفقـةُ الرَّقيـقِ ؛ لأنَّهـا تجبُ مع اليَسارِ والإعْسارِ ، فقُـدِّمَتْ على مُجَـرَّدِ المُوَاساةِ ، ثم من بعدِ ذلك الأقْرَبُ فالأقْرَبُ . فإن اجْتَمَعَ أبٌ وجَـدٌّ ، أو ابنٌ[١٤] وابنُ ابنٍ ، قُدِّمَ الأبُ على الجَدِّ ، والابنُ على ابْنِه . وقال أصحابُ الشافعيِّ ، فى أحَدِ الوَجْهينِ : يَسْتَوِى الأبُ والجَدُّ ، والابنُ وابْنُه ؛ لتَساوِيهم فى الوِلَادةِ والتَّعْصِيبِ . ولَنا ، أنَّ الأبَ والابنَ أقْرَبُ وأحَقُّ بميراثِه ، فكان أحَقَّ ، كالأَبِ مع الأخِ . وإن اجتمعَ ابـنٌ وجَدٌّ ، أو أبٌ وابنُ ابنٍ ، احْتَمَلَ وَجْهيْن ؛ أحدهما ، تقديمُ الابنِ والأبِ ؛ لأنَّهما أقْرَبُ ، فإنَّهما يَلِيَانِه بغيرِ واسطةٍ ، ولا يَسْقُطُ إرْثُهما بحالٍ ، والجَـدُّ وابـنُ الابـنِ بخِلافِهما ، ويَحْتَملُ التَّسْوِيةَ بينهما ؛ لأنَّهما[١٥] سواءٌ فى الإرْثِ والتَّعْصِيبِ والوِلادةِ . وإن اجْتَمَع جَدٌّ وابنُ ابـنٍ ، فهمـا سواءٌ ؛ لتَساوِيهمـا فى القُـرْبِ والإرْثِ والـوِلادةِ والتَّعْصِيبِ . ويَحْتَمِلُ فيهما ما يَحْتَمِلُ فى الأبِ والابنِ ، على ما سنذكُره .

فصل : وإن اجتمعَ أبٌ وابنٌ ، فقال القاضى : إن كان الابنُ[١٦] صغيرًا ، أو مجنونًا ، قُدِّمَ ؛ لأنَّ نَفَقَتَه وجَبَتْ بالنَّصِّ ، مع أنَّه عاجِزٌ عن الكَسْبِ ، والأبُ قد يَقْدِرُ عليه ، وإن كان الابنُ كبيرًا ، والأبُ زَمِنٌ[١٧] ، فهو أحَقُّ ؛ لأنَّ حُرْمَتَـه آكـدُ ، وحاجَتَـه أشَدُّ . ويَحْتَمِلُ تقديمَ الابنِ ؛ لأنَّ نَفَقَتَه وجَبَتْ بالنَّصِّ . وإن[١٨] كانا صَحِيحَيْنِ فقِيرَيْـنِ ، ففيهما ثلاثـةُ أوْجُـهٍ ؛ أحدهـا ، التَّسْوِيَـةُ بينهمـا ؛ لتَساوِيهمـا فى القُـرْبِ ، وتَقابُـلِ

---

(١١) فى م : « القرابة » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) فى ا : « بعدهما » .

(١٤) فى م : « وابن » .

(١٥) فى م : « لأنها » .

(١٦) فى م : « ابن » .

(١٧) فى ا : « زمنا » .

(١٨) فى الأصل : « وإذا » .

مَرْتَبَتِهما . والثانى ، تَقْديمُ الابْنِ ؛ لوُجُوبِ نفقَتِه بالنصِّ . والثالث ، تَقْديمُ الأَبِ ، لتأَكُّدِ حُرْمَتِه . وإن اجتمَعَ أبوان ، ففيهما الوُجُوهُ الثلاثةُ ؛ أحدها ، التَّسْوِيَةُ ؛ لما ذكَرْنا . والثانى ، تَقْديمُ الأُمِّ ؛ لأنَّها أحَقُّ بالبرِّ ، ولها فَضِيلةُ الْحَملِ والرَّضاعِ والتَّربِيَةِ ، وزيادةِ الشَّفَقةِ ، وهى أضْعَفُ وأعْجزُ . والثالثُ ، تَقْديمُ الأبِ ، لفضيلَتِه ، وانْفِرادِه بالوِلايةِ على ولَدِه ، واسْتِحقاقِ الأخذِ من مالِه ، وإضافةِ النَّبىِّ ﷺ الوَلَدَ ومالَه إليه بقَوْلِه : « أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ »[19] . والأَوَّلُ أوْلَى . وإن اجْتَمَعَ جَدٌّ وأَخٌ ، احْتَمَلَ التَّسْوِيَةَ بينهما ؛ لِاسْتِوائِهما فى اسْتِحْقاقِ مِيراثِه ، والصَّحِيحُ أنَّ الجَدَّ أحَقُّ ؛ لأنَّ له مَزِيَّةَ الوِلادةِ والأُبُوَّةِ ، ولأنَّ ابنَ ابنِه / يَرِثُه مِيراثَ ابْنٍ ، ويَرِثُ الأخُ مِيراثَ أخٍ ، ومِيراثُ الابْنِ آكَدُ ، فالنَّفقةُ الواجبةُ به تكونُ آكدَ . وإن كان مَكانَ الأخِ ابنُ أخٍ أو عَمٌّ ، فالْجَدُّ أَوْلَى بكلِّ حالٍ .

١٩٥/٨و

فصل : والواجبُ فى نَفَقةِ القريبِ قَدْرُ الكِفَايةِ من الخُبْزِ والأُدْمِ والكُسْوَةِ ، بقَدْرِ العادةِ ، على ما ذكَرْناه فى الزَّوْجةِ ، لِأنَّها وجَبَتْ للحاجةِ ، فتقَدَّرَتْ بما تَنْدَفِعُ به الحاجةُ ، وقد قال النَّبِىُّ ﷺ لهِنْدٍ : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »[20] . فقَدَّرَ نفقَتَها ونفقةَ وَلَدِها بالكِفَايةِ . فإن احْتاجَ إلى خادِمٍ فعليه إخْدامُه ، كما قُلْنا فى الزَّوجةِ ؛ لأنَّ ذلك من تَمامِ كِفايَتِه .

١٣٨٦ – مسألة ؛ قال : (**وَعَلَى الْمُعْتِقِ نَفَقةُ مُعْتَقِهِ ، إِذَا كَانَ فَقِيرًا ؛ لأَنَّهُ وَارِثُهُ**)

هذا مبنىٌّ على الأصلِ الذى تقَدَّمَ ، وأنَّ النَّفقةَ تجِبُ على الوارثِ ، والمُعْتِقُ وارثُ عَتِيقِه ، فتَجِبُ عليه نفقَتُه إذا كان فقيرًا ، ولمَوْلاه يَسارٌ يُنْفِقُ عليه منه . وقال مالك ، والشافعىُّ ، وأصْحاب الرَّأْىِ : لا تجِبُ عليه نَفقتُه ، بِناءً على أُصُولِهم التى ذكَرْناها .

---

(١٩) تقدم تخريجه ، فى : ٣٠٩/٤ .

(٢٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٨ .

ولنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾[1] . وقال النَّبِىُّ ﷺ : « أُمَّكَ وأَبَاكَ ، وأُخْتَكَ وأَخَاكَ ، ثُمَّ أَدْنَاكَ أَدْنَاكَ ، ومَوْلَاكَ الَّذِى يَلِى ذَاكَ ، حَقًّا واجِبًا ، ورَحِمًا مَوْصُولًا »[2] . ولأنَّه يَرِثُه بالتَّعْصِيبِ ، فكانتْ عليه نفقَتُه كالأبِ . ويُشْتَرَطُ فى وُجُوبِ الإِنْفاقِ عليه الشُّروطُ المذكورةُ فى غيرِه .

فصل : فإن مات مَوْلاه ، فالنَّفقةُ على الوارثِ مِن عَصَباتِه ، على ما بُيِّنَ فى باب الوَلَاءِ[3] . ويجبُ على السيِّدِ نَفقةُ أولادِ عَتِيقِه ، إذا كان له عليهم وَلاءٌ ؛ لأنَّه عَصَبَتُهم ووارِثُهم ، وعليه نفقةُ أولادِ مُعْتَقَتِه[4] إذا كان أبُوهم عَبْدًا كذلك ، فإن أُعْتِقَ أبُوهم فانْجَرَّ الوَلاءُ إلى مُعتقِه ، صار وَلاؤُهم[5] لمُعْتِقِ أبيهم ، ونفقَتُهم عليه ، إذا كَمَلَتِ الشُّروطُ ، وليس على العَتِيقِ[6] نَفقةُ مُعْتِقِه وإنْ[7] كان فقيرًا ؛ لأنَّه لا يَرِثُه ، فإن كان كلُّ واحِدٍ منهما مَوْلَى صاحِبِه ، مثل أن يَعْتِقَ الحَرْبِىُّ عبدًا ، ثم يَسْبِى العبدُ سَيِّدَه فيَعْتِقُه ، فعلى كلِّ واحِدٍ منهما نَفقةُ الآخَرِ ؛ لأنَّه يَرِثُه .

١٣٨٧ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا زُوِّجَتِ الْأَمَةُ ، لَزِمَ زَوْجَهَا أَوْ سَيِّدَه ، إنْ/ كَانَ مَمْلُوكًا ، نَفقَتُها) ٨/١٩٥ظ

وجملتُه أنَّ زَوْ جَ الأَمَةِ لا يَخْلُو من[1] أن يكونَ حُرًّا أو عَبْدًا ، أو بعضُه حُرًّا[2] وبعضُه عَبْدًا[3] ، فإن كان حُرًّا ، فنفَقَتُها عليه ، للنَّصِّ ، واتِّفاقِ أهلِ العلمِ على وُجُوبِ نَفقةِ

---

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .
(٢) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٣٨٢ .
(٣) تقدم فى : ٢٣٨/٩ وما بعدها .
(٤) فى ا ، ب ، م : « معتقه » .
(٥) فى م : « ولاؤه » .
(٦) فى م : « المعتق » .
(٧) فى م : « إذا » .
(١) فى ا ، م : « إما » .
(٢) فى ا ، ب ، م : « حر » .
(٣) فى ا ، ب ، م : « عبد » .

الزَّوْجاتِ على أزْواجِهِنَّ البالِغِينَ ، والأَمَةُ داخلةٌ فى عُمُومِهِنَّ ، ولأنَّها زَوْجةٌ مُمَكِّنَةٌ من نَفْسِها ، فوَجَبَ على زَوْجِها نفقَتُها ، كالحُرَّةِ ، وإن كان زَوْجُها مَمْلوكًا ، فالنَّفقةُ واجبةٌ لزَوْجَتِه لذلك . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ أحْفَظُ[٤] عنه من أهلِ العلمِ ، على أنَّ على العَبْدِ نَفقةَ زَوْجَتِه . هذا قولُ الشَّعْبِيِّ ، والحَكَمِ ، والشافعيِّ . وبه قال أصحابُ الرَّأْيِ إذا بَوَّأَها بَيْتًا . وحُكِيَ عن مالكٍ ، أنَّه قال : ليس عليه نفقتُها ؛ لأنَّ النَّفقةَ مُواساةٌ ، وليس هو من أهْلِها ، ولذلك لا تجبُ عليه نفقةُ أقاربِه ، ولا زَكاةُ مالِه . ولَنا ، أنَّها عِوَضٌ واجبٌ فى النِّكاحِ ، فوَجَبَتْ على العبدِ ، كالمَهْرِ ، والدليلُ على أنَّها عِوَضٌ ، أنَّها تجبُ فى مُقَابلةِ التَّمْكينِ ، ولهذا تَسْقُطُ عن الحُرِّ بفَوَاتِ التَّمْكِينِ ، وفارَقَ نفقةَ الأقاربِ . إذا ثَبَتَ وُجُوبُها على العبدِ ، فإنَّها تَلْزَمُ سَيِّدَه ؛ لأنَّ السَّيِّدَ أذِنَ[٥] فى النكاحِ المُفْضِى إلى إيجابِها . وقال ابنُ أبى موسى : فيه رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّها تجبُ فى كَسْبِ العبدِ . وهو قولُ أصحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه لم[٦] يُمْكِنْ إيجابُها فى ذِمَّتِه ، ولا رَقَبَتِه ، ولا ذِمَّةِ سيِّدِه ، ولا إسْقاطُها ، فلم يَبْقَ إلَّا أن تتَعَلَّقَ بكَسْبِه . وقال القاضى : تتَعَلَّقُ برقَبَتِه ؛ [٧]لأنَّ الوَطْءَ فى النكاحِ بمنزلةِ الجِنايَةِ ، وأَرْشُ جِنايَةِ العبدِ يَتَعلَّقُ برقَبَتِه[٧] ، يُباعُ فيها ، أو يَفْدِيه سَيِّدُه . وهذا قولُ أصْحابِ الرَّأْيِ . ولَنا ، أنَّه دَيْنٌ أذِنَ السَّيِّدُ فيه ، فلَزِمَ[٨] ذِمَّتَه ، كالذى اسْتَدانَه وَكِيلُه . وقولُهم : إنَّه فى مُقابَلةِ الوَطْءِ . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّه يجبُ من غيرِ وَطْءٍ ، ويجبُ للرَّتْقاءِ ، والحائضِ ، والنُّفَساءِ ، وزَوْجةِ المَجْبُوبِ والصغيرِ ، وإنَّما يجبُ بالتَّمْكِينِ ، وليس ذلك بجنايةٍ ولا قائمٍ مَقامَها . وقولُ مَنْ قال : إنه تَعذَّرَ إيجابُه فى ذِمَّةِ السَّيِّدِ . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّه لا مانِعَ من إيجابِه ، وقد ذكَرْنا وُجُودَ مُقْتَضِيه ، فلا مَعْنَى لدَعْوَى التَّعذُّرِ .

---

(٤) فى ب : « يحفظ » .
(٥) فى م زيادة : « له » .
(٦) فى ا : « لا » .
(٧ – ٧) سقط من : ب . نقل نظر .
(٨) فى ب : « فيلزم » .

١٣٨٨ – مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَتْ أَمَةً تأْوِى بِاللَّيلِ عِنْدَ الزَّوْجِ ، وبِالنَّهَارِ عِنْدَ الْمَوْلَى ، أَنْفَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّةَ مُقَامِهَا / عِنْدَهُ)

١٩٦/٨

هذه المسألةُ قد تقدَّمتْ[(١)] ، وذكَرْنا أنَّ النَّفَقةَ فى مُقَابلةِ التَّمْكِينِ ، وقد وُجِدَ منها فى اللَّيْلِ ، فتَجِبُ على الزَّوجِ النَّفقةُ فيه ، والباقِى منها على السَّيِّدِ ، بحُكْمِ أنَّها مَمْلُوكَتُه لم تجبْ لها نفقةٌ على غيرِه فى هذا الزمنِ ، فيكونُ على هذا على كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ النَّفقةِ . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال فى الآخرِ : لا نَفَقةَ لها على الزَّوجِ ؛ لأنَّها لم تُمَكِّنْ من نَفْسِها فى جميعِ الزَّمانِ ، فلم يَجِبْ لها شىءٌ من النَّفقةِ ، كالحُرَّةِ إذا بَذَلَتْ نَفْسَها فى أحدِ الزَّمانَيْنِ دُونَ الآخرِ . ولَنا ، أنَّه وُجِدَ التَّمْكِينُ الواجبُ بعَقْدِ النكاحِ ، فاسْتحقَّتِ[(٢)] النَّفقةَ ، كالحُرَّةِ إذا مكَّنَتْ[(٣)] من نَفْسِها فى غيرِ أوقاتِ الصَّلَواتِ المَفْرُوضاتِ ، والصَّوْمِ الواجِبِ ، والحجِّ المَفْرُوضِ . وفارَقَ الحُرَّةَ إذا امْتَنَعَتْ فى أحَدِ الزَّمانينِ ، فإنَّها لم تَبْذُلِ الواجبَ ، فتكونُ ناشِزًا ، وهذه ليست ناشِزًا ولا عاصيَةً .

١٣٨٩ – مسألة ؛ قال : (فَإنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، لَمْ تَلْزَمْهُ نَفقةُ وَلَدِهِ ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، وَنفقَتُهُمْ عَلَى سَيِّدِهِمْ)

يعنى الأَمَةَ ليس على زَوْجِها نَفقةُ [(١)]وَلَدِه منها[(١)] ، وإن كان حُرًّا ؛ لأنَّ وَلَدَ الأَمَةِ عبدٌ لسَيِّدِها ، فإنَّ الولَدَ يَتْبَعُ أُمَّهُ فى الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، فتكونُ نفقَتُهم على سَيِّدِهم دون أبِيهِم ، فإنَّ العَبْدَ أخصُّ بسَيِّده من أبيه ، ولذلك لا ولايةَ بينَه وبين أبيه ، ولا مِيراثَ ، ولا إنفاقَ ، وكلُّ ذلك للسَّيِّدِ ، وقد رُوِيتْ عن أبى عبدِ اللهِ ، رَحِمَه اللهُ ، [(٢)]روايةٌ أُخْرَى[(٢)] ، أنَّ وَلَدَ

---

(١) فى : ٥٠٨/٩ .

(٢) فى ا ، م : « استحقت » .

(٣) فى الأصل ، ب : « أمكنت » .

(١ – ١) فى ا : « ولدها منه » .

(٢ – ٢) سقط من : ا .

العَرَبِيّ يكونُ حُرًّا ، وعلى أَبِيه فِداؤُه . فعلَى هذا تكونُ نفقَتُهم عليه . ولو أَعْتَقَ الوَلَدَ سَيِّدُه ، أو عَلَّقَ عِتْقَه بولادتِه[3] ، أو تزوَّجَ الأَمَةَ على أنَّها حُرَّةٌ ، فولَدُه منها أحرارٌ ، وعلى أبِيهم نفقَتُهم فى هذه المواضِعِ كلِّها ، إذا كان حُرًّا ، وتحَقَّقَتْ فيه شَرائطُ الإِنْفاقِ .

فصل : وإذا[4] طَلَّقَ الأَمَةَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، فلها النَّفقةُ فى العِدَّةِ ؛ لأنَّها زوجةٌ . وإن أبَانَها وهى حائِلٌ ، فلا نفقةَ لها ؛ لأنَّها لو كانت حُرَّةً ، لم يكُنْ لها نفقةٌ ، فالأَمَةُ أَوْلَى ، وإن كانت حاملًا ، فلها النَّفقةُ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[5] . نَصَّ على هذا أحمدُ . وبه قال إسْحاقُ . وقد رُوِيَتْ[6] عن أبى عبدِ اللهِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى نفَقةِ الحامِلِ[7] ، / هل هى للحَمْلِ أو للحامِلِ بسبَبِه ؟ ٨/١٩٦ظ روايتان ؛ إحْداهما ، هى للحَمْلِ . فعلَى هذا لا تجبُ للمَمْلوكَةِ الحامِلِ البائنِ نفقةٌ ؛ لأنَّ الحَمْلَ مَمْلُوكٌ لسَيِّدِها ، فنفقَتُه عليه . وللشافعيِّ فى هذا قَوْلان ، كالرِّوايتَيْنِ .

فصل : وإن طَلَّقَ العَبْدُ زَوْجَته الحامِلَ طَلاقًا بائِنًا ، انْبَنَى على وُجُوبِ النَّفقةِ ، على الرِّوايتَيْن فى النَّفقةِ ، هل هى للحَمْلِ أو للحامِلِ ؟ فإن قُلْنا : هى للحَمْلِ . فلا نَفقةَ على العَبْدِ . وبه قال مالكٌ . ورُوِىَ ذلك عن الشَّعْبِيِّ ؛ لأنَّه لا تجبُ عليه نفقةُ ولَدِه . وإن قُلْنا : هى للحامِلِ بسبَبِه . وجَبَتْ لها النفقةُ . وهذا قولُ الأَوْزاعِيِّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . ولأنَّها حامِلٌ ، فوَجَبَتْ لها النَّفقةُ ، كما لو كان زَوْجُها حُرًّا .

فصل: والمُعْتَقُ بعضُه، عليه مِن نَفَقةِ امْرأتِه بقَدْرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ، وباقِيها على سَيِّدِه، أو فى ضَرِيبَتِه، أو فى رَقَبَتِه، على ما ذكَرْنا فى العَبْدِ. والقَدْرُ الذى يجبُ عليه بالحُرِّيَّةِ، يُعْتَبَرُ فيه حالُه؛ إن كان مُوسِرًا فنفقةُ المُوسِرِينَ، وإن كان مُعْسِرًا فنفقةُ

---

(٣) فى ب ، م : « بولادة » .

(٤) فى ب : « وإن » .

(٥) سورة الطلاق ٦ .

(٦) فى م : « روى » .

(٧) جاء فى م هنا : « روايتان » . وهى الآتية .

المُعْسِرِينَ، والباقى تجبُ فيه نفقةُ المُعْسِرِينَ ؛ لأنَّ النَّفقةَ ممَّا يتبَعَّضُ ، وما يتبعَّضُ بَعَّضْناه فى حَقِّ المُعْتَق بعضُه كالميراثِ والدِّياتِ ، ومالا يتبَعَّضُ ، فهو فيه كالعَبْدِ ، ولأنَّ[8] الحُرِّيَّةَ إمَّا شَرْطٌ فيه ، أو سَبَبٌ له ، ولم[9] يَكْمُلْ . وهذا اخْتِيارُ المُزَنِىِّ . وقال الشافعىُّ : حُكْمُه حكمُ القِنِّ فى الجَمِيعِ ، إلْحاقًا لأحَدِ الحُكْمَيْنِ بالآخَرِ . ولَنا ، أنَّه يَمْلِكُ بِنِصْفِه الحُرِّ مِلْكًا تامًّا ، ولهذا يُورَثُ عنه ، ويُكَفِّرُ بالإطْعامِ ، ويجبُ فيه نِصْفُ دِيَةِ الحُرِّ ، فوَجَبَ أن تتبَعَّضَ نفقَتُه ؛ لأنَّها من جُمْلَةِ الأحْكامِ القابلةِ للتَّبْعِيضِ ، فأمَّا نفقةُ أقارِبِه ، فيَلْزَمُه منها بقَدْرِ مِيراثِه ؛ لأنَّ النَّفقةَ تَنْبَنِى على المِيراثِ . [10]وعندَ المُزَنِىِّ ، [10] تَلْزَمُه كلُّها ؛ لأنَّها لا تتبَعَّضُ . وعند الشافعىِّ ، لا يَلْزَمُه شىءٌ ؛ لأنَّ حُكْمَه حكمُ العَبِيدِ . وقد سَبَقَ الكلامُ فى هذا .

١٣٩٠ – مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةُ[1] وَلَدِه ، حُرَّةً كَانَتِ الزَّوْجَةُ أَوْ أَمَةً)

أما إذا كانتْ زوجةُ العَبْدِ حُرَّةً ، فولَدُها أحرارٌ ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَتْبَعُ الأُمَّ فى الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، وليس على العَبْدِ نفقةُ أقارِبِه الأَحْرارِ[2] ؛ لأنَّ نفقَتَهُم تجبُ على سَبِيلِ / المُوَاساةِ ، وليس هو من أهْلِها . وأمَّا إذا كانتْ زَوْجَتُه مَمْلوكةً ، فولَدُها عَبِيدٌ لسيِّدِها ؛ لأنَّهم يَتْبعُونها ، فتكونُ نفقَتُهم على سَيِّدِهم .

١٩٧/٨ و

فصل : وحُكْمُ المُكاتَبِ ، فى نَفقةِ الزَّوْجاتِ والأوْلادِ والأقارِبِ ، حكمُ العَبْدِ القِنِّ ؛ لأنَّه عبدٌ ما بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ ، إلَّا أنَّه إذا كانتْ له زَوجةٌ أنْفَقَ عليها من كَسْبِه ؛ لأنَّ نفَقَةَ الزَّوجةِ واجبةٌ بحُكْمِ المُعاوَضَةِ مع اليَسارِ والإعْسارِ ، ولذلك وجَبَتْ على العَبْدِ ،

---

(٨) سقطت الواو من : ا ، م .

(٩) فى م : « فلم » .

(١٠ – ١٠) سقط من : م .

(١) فى الأصل زيادة : « زوجة » خطأ .

(٢) سقط من : ب .

فعلى المُكاتَبِ أَوْلَى ، ولأنَّ نَفقةَ المرأةِ لا تَسْقُطُ عن أحدٍ من الناسِ ، إذا لم يُوجَدْ منها ما يُسْقِطُ نفقَتَها ، ولا يُمْكِنُ إيجابُها على سَيِّده ؛ لأنَّ نَفقةَ المُكاتَبِ لا تَجِبُ على سَيِّده ، فنَفقةُ امْرَأتِه أَوْلَى . فأمَّا نَفقةُ أولادِه وأقارِبه الأحْرارِ ، فلا تجبُ عليه ؛ لأنَّها تجبُ على سَبِيلِ المُواساةِ ، وليس هو من أهْلِها ، ولذلك لا تجبُ عليه الزَّكاةُ فى مالِه ، ولا الفِطْرَةُ فى بَدَنِه ، فإن كانتْ زَوْجَتُه حُرَّةً ، فنَفقةُ أوْلادِها عليها ؛ لأنَّهم يتْبَعُونَها فى الحُرِّيَّةِ . وإن كان لهم أقارِبُ أحْرارٌ ، كجَدٍّ حُرٍّ وأخٍ حرٍّ مع الأُمِّ ، أنْفَقَ كلُّ واحدٍ منهم بحَسَبِ مِيراثِه ، والمُكاتَبُ كأنَّه مَعْدُومٌ بالنِّسْبةِ إلى النَّفقةِ .

١٣٩١ – مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمُكَاتَبَةِ نَفَقَةُ وَلَدِهَا دُونَ أَبِيهِ الْمُكَاتَبِ)

وجملتُه أنَّ المُكاتَبَ إذا كان له ولدٌ ، (١ لم يَخْلُ ١) ؛ إمَّا أن يكونَ من زَوْجَةٍ(٢) أو من أَمةٍ(٣) ، فإنْ كان من زَوْجةٍ(٢) ، وكانت مُكاتَبةً ، فولَدُها يتْبَعُونها فى الكِتابةِ ، ويكونُون مَوْقُوفِينَ على كِتَابَتِها ؛ إن رَقَّتْ رَقُّوا ، وإن عَتَقَتْ بالأداءِ عَتَقُوا ، فتكون نفقَتُهم عليها ممَّا فى يَدَيْها(٤) ؛ لأنَّهم فى حُكْمِ نَفْسِها ، ونفَقَتُها ممَّا فى يَدَيْها ، فكذلك على ولَدِها . وأمَّا زَوْجُها المُكاتَبُ ، فليس عليه نفقَتُهم ؛ لأنَّهم عَبِيدٌ لسَيِّدِ المُكاتَبَةِ . وإن كانت زَوْجَتُه حُرَّةً أو أمةً ، فقد بَيَّنَّا حُكْمَهم . وإن أراد المُكاتَبُ التَّبرُّعَ بالإنْفاقِ على ولَدِه ، وكان من أَمَةٍ أو مُكاتَبةٍ لغيرِ سَيِّده(٥) ، أو حُرَّةٍ ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ فيه تَغْرِيرًا بمالِ سَيِّده ، وإن كان من أَمَةٍ لسَيِّده ، (٦ جاز ؛ لأنَّه مَمْلوكٌ لسَيِّده ٦) ، فهو يُنْفِقُ عليه من المالِ الذى تعلَّقَ به حَقُّ سَيِّده ، وإن كان من مُكاتَبةٍ لسَيِّده ، احْتَمَلَ الجوازَ ؛ لأنَّه فى

(١ – ١) فى ا : « لا يخلو » .

(٢) فى م : « زوجته » .

(٣) فى النسخ : « أمته » . وانظر بقية المسألة ، والمسألة التالية .

(٤) فى ب : « يدها » .

(٥) فى ب : « سيدها » .

(٦ – ٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

الحالِ بمَنْزلِةِ / أُمِّه ، وأُمُّه مَمْلوكةٌ لسَيِّدِها . ويَحْتَملُ أن لا يجوزَ ؛ لأَنَّ فيه تَغْرِيرًا ، إذ لا يَحْتَمِلُ أن يَعْجِزَ هو ، وتُؤَدِّىَ المُكاتَبة ، فيَعْتِقُ ولَدُها ، فيَحْصُلُ الإِنْفاقُ عليه[7] من مالِ سَيِّدِه ، ويَصِيرُ حُرًّا .

١٩٧/٨ ظ

١٣٩٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمُكاتَبِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ مِنْ أَمَتِهِ)

أَمَّا ولَدُ المُكاتَبِ من أَمَتِه ، فنفَقَتُهم عليه ؛ لأَنَّ ولَدَه من أَمَتِه تابعٌ له ، يَرِقُّ برِقِّه ، ويَعْتِقُ بعِتْقِه ، فجَرَى مَجْرَى نَفْسِه فى النَّفقةِ ، فكَما أَنَّ المُكاتَبَ يُنْفِقُ على نَفْسِه ، فكذلك على ولَدِه الذى هذا حالُه ، ولأَنَّ هذا الوَلَدَ ليس له مَنْ يُنْفِقُ عليه سِوَى أَبِيه ، فإِنَّ أُمَّه أَمَةٌ للمُكاتَبِ ، وليس له من الأَحْرارِ أقارِبُ ، فيتَعَيَّنُ على المُكاتَبِ الإِنْفاقُ عليه ، كأُمِّه ، ولأَنَّه لا ضَرَرَ على السَّيِّدِ فى إنْفاقِ المُكاتَبِ على ولَدِه من أَمَته ؛ لأَنَّه إن أَدَّى وعَتَقَ ، فقد وَفَّى مالَ الكِتابةِ ، وليس للسَّيِّدِ أكثرُ منها ، وإن عَجَزَ ورَقَّ ، عادَ إليه المُكاتَبُ ووَلَدُه الذى أَنْفَقَ عليه ، فكأَنَّه إِنَّما أَنْفَقَ على عَبْدِه ، وتَصِيرُ نفقَتُه عليه كنفقَتِه على سائرِ رَقِيقِه .

فصل : وليس للمُكاتَبِ أن يتَسَرَّى بأَمَتِه إلَّا بإذْنِ سيدِه ؛ لأَنَّ مِلْكَه غيرُ تامٍّ ، وعلى السَّيِّدِ ضَرَرٌ فى تَسَرِّيهِ بها ؛ لما فيه من التَّغْرِيرِ بها . وإن أَذِنَ له سَيِّدُه فى ذلك ، جاز ؛ لأَنَّ المَنْعَ لِحَقِّه ، فجاز بإذْنِه ، كما لو أَذِنَ لعَبْدِه القِنِّ . وإن وَطِئَ بغيرِ إذْنِه ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأَنَّه وَطِئَ مَمْلُوكَتَه ، فإن أَوْلَدَها فى المَوْضِعَيْنِ ، صارت أُمَّ ولَدٍ له ، ليس له بَيْعُها ، ولا بَيْعُ ولَدِه ، فإن عَتَقَ ، عَتَقَ ولدُها ، وصارت الأَمَةُ أُمَّ ولَدٍ ، تَعْتِقُ بمَوْتِه ، وإن رَقَّ ، رَقَّتْ هى ووَلَدُها ، وصارت أمةً لسَيِّدِه ، والمُكاتَبُ ووَلَدُه عَبْدانِ له . ويَلْزَمُ المُكاتَبَ الإِنفاقُ على عَبِيدِه ، وإمائِه ، وأُمَّهاتِ أَوْلادِه ؛ لأَنَّهم[1] مِلْكٌ له ، فلَزِمَه الإِنْفاقُ عليهم ، كبَهائِمِه .

---

(٧) فى ا ، م : « عليها » .

(١) فى ا : « لأنه » .

باب الحال التى تجبُ فيها النَّفقةُ على الزَّوجِ

١٣٩٣ – مسألة ؛ قال ، رَحِمَه الله : (وَإِذَا تزوَّجَ بِامْرَأَةٍ مِثْلُهَا يُوطَأُ ، فلم تَمْنَعْهُ نَفْسَهَا ، وَلَا مَنَعَهُ أَوْلِيَاؤُهَا ، لَزِمَتْه النَّفَقَةُ)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ تَستَحِقُّ النَّفقةَ على زَوْجِها بشَرْطين ؛ أحدهما ، أن تكونَ كبيرةً يُمْكِنُ[1] وطؤُها ، فإن كانتْ صغيرةً لا تَحْتَمِلُ الوَطْءَ ، فلا نفقةَ لها . وبهذا قال الحسنُ ، وبكرُ بن عبد الله / الْمُزَنِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ ١٩٨/٨و الرَّأْىِ . وهو المَنْصوصُ[2] عن الشافعىِّ . وقال فى موضعٍ : لو قيل : لها النَّفَقةُ . كان مَذْهَبًا . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ؛ لأنَّ تَعَذُّرَ الوَطْءِ لم يكُنْ بِفِعْلِها ، فلم يَمْنَعْ وُجُوبَ النَّفقةِ لها ، كالمَرَضِ . ولَنا ، أنَّ النَّفقةَ تجبُ بالتَّمْكِينِ من الاسْتِمْتاعِ ، ولا يُتَصَوَّرُ ذلك مع تَعَذُّرِ الاسْتِمْتاعِ ، فلم تَجِبْ نفقَتُها ، كما لو مَنَعَه أولياؤُها من تَسْلِيمِ نَفْسِها ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذكَرُوه ، ويفارِقُ المَرِيضةَ ، فإنَّ الاسْتِمْتاعَ بها مُمْكِنٌ ، وإنَّما نَقَصَ بالمَرَضِ ، ولأنَّ مَنْ لا تُمَكِّنُ الزَّوجَ من نَفْسِها ، لا يَلْزَمُ الزَّوْجَ نَفقَتُها ، فهذه أَوْلَى ؛ لأنَّ تلك يُمْكِنُ الزَّوْجَ قَهْرُها ، والاسْتِمْتاعُ منها[3] كُرْهًا ، وهذه لا يُمْكِنُ ذلك فيها بحالٍ . الشَّرط الثانى ، أن تَبْذُلَ التَّمْكِينَ التَّامَّ من نَفْسِها لزَوْجِها ، فأمَّا إن مَنَعَتْ نفسَها ، أو مَنَعَها أولياؤُها ، أو تَساكَتَا بعدَ العَقْدِ ، فلم تَبْذُلْ ولم يَطْلُبْ ، فلا نَفقةَ لها ، وإن أقامَا زَمَنًا ، فإنَّ النَّبىَّ ﷺ تزوَّجَ عائشةَ ، ودَخَلَتْ عليه بعدَ سَنَتَيْنِ ، ولم يُنْفِقْ إلَّا بعدَ دُخولِه ، ولم يَلْتَزِمْ[4] نفقَتَها لما مَضَى[5]

---

(١) فى ب : « ويمكن » .

(٢) فى ا ، م : « منصوص » .

(٣) فى م : « بها » .

(٤) فى ب : « يلزم » .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٣٩٨/٩ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب إنكاح الرجل ولده الصغار ، وباب من=

ولأنَّ النَّفقةَ تجبُ فى مُقابَلةِ التَّمْكِينِ المُسْتَحَقِّ بعقْدِ[٦] النِّكاحِ ، فإذا وُجدَ اسْتُحِقَّتْ ، وإذا فُقِدَ لم تَسْتَحِقَّ شيئًا ، ولو بذَلَتْ تَسْلِيمًا غيرَ تامٍّ ، بأن تقولَ : أُسَلِّمُ إليك نَفْسِى فى مَنْزِلِى دُونَ غيرِه . أو فى المَوْضِعِ الفُلانِىِّ دُونَ غيرِه . لم تَسْتَحِقَّ شيئًا ، إلَّا أن تكونَ قد اشْتَرَطَتْ[٧] ذلك فى العَقْدِ ؛ لأنَّها لم تَبْذُلِ التَّسْليمَ الواجِبَ بالعَقْدِ ، فلم تَسْتَحِقَّ النَّفقةَ ، كما لو قال البائعُ : أُسَلِّمُ إليك السِّلْعَةَ على أن تَتْرُكَها فى مَوْضِعِها ، أو فى مكانٍ بعَيْنِه . وإن شَرَطَتْ دارَها أو بَلَدَها ، فسَلَّمَتْ نفسَها فى ذلك ، اسْتَحَقَّتِ النَّفقةَ ؛ لأنَّها سَلَّمَتِ التَّسْلِيمَ الواجبَ عليها ، ولذلك لو سَلَّمَ السَّيِّدُ أَمَتَه المُزَوَّجَةَ ليلًا دُونَ النهارِ ، اسْتَحَقَّتِ النَّفقةَ ، وفارَقَ الحُرَّةَ ، فإنَّها لو بَذَلَتْ تَسْلِيمَ نَفْسِها فى بعضِ الزَّمانِ ، لم تَسْتَحِقَّ شيئًا ؛ لأنَّها لم تُسَلِّم التَّسْليمَ الواجبَ بالعَقْدِ . وكذلك إن أمْكَنَتْه من اسْتِمْتاعٍ[٨] ، ومَنَعَتْه اسْتِمْتاعًا ، لم تَسْتَحِقَّ شيئًا لذلك .

فصل : وإن غاب الزَّوجُ بعد تَمْكِينِها ووُجُوبِ نَفَقَتِها عليه ، لم تَسْقُطْ عنه ، بل تجبُ / عليه فى زَمَنِ غَيْبَتِه ؛ لأنَّها اسْتَحَقَّتِ النَّفقةَ بالتَّمْكِينِ ، ولم يُوجَدْ منها ما يُسْقِطُها . وإن غاب قبلَ تَمْكِينِها ، فلا نفقةَ لها عليه ؛ لأنَّه لم يُوجَد المُوجِبُ لها[٩] . فإن بَذَلَتِ التَّسْليمَ وهو غائبٌ ، لم تَسْتَحِقَّ نَفَقَةً[١٠] ؛ لأنَّها بذَلَتْه فى حالٍ لا يُمْكِنُه التَّسْليمُ فيه ، لكن إنْ مَضَتْ إلى الحاكمِ ، فبَذَلَتِ التَّسْليمَ ، كَتَبَ الحاكمُ إلى حاكمِ البلدِ الذى هو فيه لِيَسْتَدْعِيَه ويُعْلِمَه ذلك ، فإن سار إليها ، أو وَكَّلَ من يُسَلِّمُها إليه ، فوَصَلَ ، وتسَلَّمها[١١] هو أو نائبُه ، وجَبَتِ النَّفقةُ حينئذٍ ، وإن لم يَفْعَلْ ، فَرَضَ الحاكمُ عليه نفقَتَها من الوقتِ الذى كان يُمْكِنُ الوُصولُ إليها وتَسَلُّمُها فيه ؛ لأنَّ الزَّوجَ امْتَنَعَ

١٩٨/٨ظ

=بنى بامرأة وهى ابنة تسع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢٢/٧ ، ٢٧ ، ٢٨ . والنسائى ، فى : باب إنكاح الرجل ابنته الصغيرة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦٧/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢١٠/٦ ، ٢٨٠ .

(٦) فى ب : « بعد » .

(٧) فى الأصل : « شرطت » .

(٨) فى ب ، م : « الاستمتاع » .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) فى م : « نفقته » .

(١١) فى الأصل : « فتسلمها » . وفى م : « وسلمها » .

من تَسَلُّمِها مع إمْكانِ ذلك ، وبَذْلِها إيَّاهُ له ، فلَزِمَتْه نفقتُها ، كما لو كان حاضرًا . وإن كانت الزَّوجةُ صغيرةً ، يُمْكِنُ وطْؤُها ، أو مَجْنونةً ، فسَلَّمَتْ نفسَها إليه ، فتَسَلَّمها ، لَزِمَتْه نفقتُها كالكبيرةِ ، وإن لم يتَسَلَّمْها ، لمَنْعِها نفسَها ، أو مَنْعِ أوْليائِها ، فلا نَفقةَ لها عليه . وإن غاب الزَّوجُ ، فبَذَلَ وَلِيُّها تَسْلِيمَها ، فهو كما لو بذَلَتِ المُكَلَّفَةُ التَّسْلِيمَ ، فإنَّ وَلِيَّها يقومُ مَقامَها . وإن بذَلَتْ هي دُونَ وَلِيِّها ، لم يَفرِضِ الحاكمُ النَّفقةَ لها ؛ لأنَّها[١٢] لا حُكْمَ لكَلامِها .

١٣٩٤ - مسألة ؛ قال : (**وَإذَا كَانَتْ بِهٰذِهِ الْحَالِ الَّتِى وَصَفْتُ ، وَزَوْجُها[١] صَبِىٌّ ، أُجْبِرَ وَلِيُّهُ عَلَى نَفقتِهَا مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ ، فَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَاخْتَارَتْ فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُما**)

يعنى إذا كانت المرأةُ كبيرةً ، يُمْكِنُ الاسْتِمْتاعُ بها ، فمَكَّنَتْ مِن نَفْسِها ، أو بَذَلَتْ تَسْلِيمَها ، ولم تَمْنَعْ نفسَها ، ولا مَنَعَها أولياؤُها ، فعلى زَوْجِها الصَّبِىِّ نَفقَتُها . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومحمدُ بن الحسنِ ، والشافعىُّ فى أحدِ قَوْلَيْه . وقال فى الآخَرِ : لا نَفقةَ لها . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّ الزَّوجَ لا يتَمَكَّنُ من الاسْتِمْتاعِ بها ، فلم تَلْزَمْه نَفقتُها ، كما لو كانت غائبةً أو[٢] صَغِيرةً . ولَنا ، أنَّها سَلَّمَتْ نفسَها تسليمًا صحيحًا ، فوجَبَتْ لها النَّفقةُ ، كما لو كان الزَّوْجُ كبيرًا ، ولأنَّ الاسْتِمْتاعَ بها مُمْكِنٌ ، وإنَّما تعَذَّرَ من جِهَةِ الزَّوجِ ، كما لو تعَذَّرَ التَّسْليمُ لمَرَضِه أو غَيْبَتِه ، وفارَقَ ما إذا غابَتْ ، أو كانت صغيرةً ، فإنَّها لم تُسَلِّمْ نفسَها تَسْليمًا صحيحًا ، ولم تَبْذُلْ ذلك ، فعلى هذا يُجْبَرُ الوَلِىُّ على نَفقَتِها من مالِ الصَّبِىِّ ؛ لأنَّ النَّفقةَ على الصَّبِىِّ ، وإنَّما الوَلِىُّ يَنُوبُ عنه فى أداءِ الواجباتِ / عليه ، كما يُؤَدِّى أُرُوشَ جِناياتِه ، وقِيَمَ مُتْلَفاتِه ، وزَكَواتِه . وإن لم يَكُنْ له مالٌ ،

١٩٩/٨و

(١٢) فى ا ، ب ، م : « لأنه » .

(١) سقطت الواو من : ا ، م .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

فاختارَتْ فِراقَه ، فرَّق الحاكمُ بينهما ، كما ذكَرْنا فى حَقِّ الكبيرِ . فإن كان له مالٌ ، وامْتَنَعَ الوَلِىُّ من الإنْفاقِ ، أجْبَرَه الحاكمُ بالحَبْسِ ، فإن لم يُنْفِقْ ، أخَذَ الحاكمُ من مالِ الصَّبِىِّ ، وأنفقَ عليها ، فإن لم يُمْكِنْه ، وصَبَرَ الوَلِىُّ على الحَبْسِ ، وتعَذَّرَ الإنْفاقُ ، فرَّقَ الحاكمُ بينهما ، إذا طَلَبَتْ ذلك ، على ما ذكَرْنا فى حَقِّ الكبير . وذكر القاضى فى الكبيرِ ، أنَّه لا يُفَرِّقُ بينهما ، فكذلك هٰهُنا مثلُه ؛ لأنَّهما سواءٌ فى وُجُوبِ الإنْفاقِ عليهما ، فكذلك فى أحْكامِه .

فصل : وإن بَذَلَتِ الرَّتْقاءُ ، أو الحائِضُ ، أو النُّفَساءُ ، أو النِّضْوةُ الخَلْقِ التى لا يُمْكنُهُ[3] وَطْؤُها ، أو المَرِيضةُ ، تَسْلِيمَ نَفْسِها ، لَزِمَتْه نفقَتُها ، وإن حَدَثَ بها شىءٌ من ذلك ، لم تَسْقُطْ نفقتُها ؛ لأنَّ الاسْتِمْتاعَ مُمْكِنٌ ، ولا تَفْرِيطَ من جهَتِها . وإن مَنَعَ من الوطءِ ، ويفارِقُ الصَّغيرةَ ، فإنَّ لها حالًا يتَمَكَّنُ من الاسْتِمْتاعِ بها فيها اسْتِمْتاعًا تامًّا ، والظَّاهرُ أنَّه تزَوَّجَها انتظارًا لتلك الحال ، بخِلافِ هؤلاء ، ولذلك لو طَلَبَ تَسْليمَ هؤلاء وَجَبَ تَسْليمُهُنَّ ، ولو طَلَبَ تَسْليمَ الصغيرةِ لم يَجِبْ . فإن قيل : فلو بَذَلَتِ الصَّحِيحةُ الاسْتِمْتاعَ بما دُونَ الوَطْءِ ، لم تجِبْ لها النَّفقةُ ، فكذلك هؤلاء . قُلْنا : لأنَّ تلك مَنَعَتْ ممَّا يَجِبُ عليها ، وهؤلاء لا يجبُ عليهنَّ التَّمْكِينُ ممَّا فيه ضَرَرٌ . فإن ادَّعَتْ أنَّ عليها ضررًا فى وَطْئِه ؛ لضِيقِ فَرْجِها ، أو قُرُوحٍ به ، أو نحوِ ذلك ، [4]وأنْكَرَ هو[4] ، أُرِيَت امرأةً ثِقَةً ، وعُمِلَ بقولِها . وإن ادَّعَتْ عَبالةَ ذَكَرِه وعِظَمَه ، جاز أن تَنْظُرَ المرأةُ إليهما حالَ اجتماعِهما ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجةٍ ، ويجوزُ النَّظَرُ إلى العَوْرَةِ للحاجةِ والشَّهادةِ .

١٣٩٥ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ طَالَبَ الزَّوْجُ بِالدُّخُولِ ، وَقَالَتْ : لَا أُسَلِّمُ نَفسِي حَتَّى أَقْبِضَ صَدَاقِي . كَانَ ذٰلِك لَهَا ، ولَزِمَتْهُ النَّفَقةُ إلَى أنْ يَدفَعَ إلَيْهَا صَدَاقَهَا)

---

(٣) فى م : « يمكن » .

(٤ – ٤) فى ا ، ب ، م : « وأنكره » .

وجملتُه ، أنَّ للمرأةِ أن تَمْنَعَ نفسَها حتى تَتَسَلَّمَ صَداقَها ؛ لأنَّ تَسْليمَ نَفْسِها قبلَ تَسْليمِ صَداقِها يُفْضِى إلى أن يَسْتَوْفِىَ مَنْفَعَتَها[1] المَعْقُودَ عليها بالوَطْءِ ، ثم لا يُسَلِّمَ صَداقَها ، فلا يُمْكِنُها الرُّجوعُ فيما اسْتَوْفَى منها ، بخلافِ المَبِيعِ إذا تَسَلَّمه المُشْتَرِى ثم أعْسَرَ بالثَّمنِ ، فإنَّه يُمْكِنُه الرُّجوعُ فيه ، فلهذا ألْزَمْناهُ تَسْليمَ صَداقِها أوَّلًا ، وجَعَلْنا لها أن تَمْتَنِعَ من تَسْليمِ نَفْسِها حتى تَقْبِضَ صَداقَها ؛ لأنَّه إذا سَلَّمَ إليها الصَّداقَ ثم امْتَنَعَتْ مِن تَسْليمِ نفسِها ، أمْكَنَ الرُّجوعُ فيه ، فإذا ثَبَتَ هذا ، فمتى امْتَنَعَتْ من تَسْلِيمِ نفسِها لتَقْبِضَ صدَاقَها ، فلها نفقَتُها[2] ؛ لأنَّها امْتنعَتْ بحَقٍّ[3] . فإن قيل : فلو امْتنَعتْ لصِغَرٍ أو مَرَضٍ ، لم يَلْزَمْه نفقتُها . قُلْنا : الفَرْقُ بينهما أنَّ امْتِناعَها لمَرَضٍ لمعنًى من جِهَتِها ، وكذلك الامْتِناعُ للصِّغَرِ ، وهٰهُنا الامْتِناعُ لمعنًى من جِهَةِ الزَّوجِ ، وهو مَنْعُه لما وَجَبَ لها[4] عليه ، فأشْبَهَ ما لو تعَذَّرَ الاسْتمْتاعُ لصِغَرِ الزَّوجِ ، فإنَّه لا تَسْقُطُ نفقتُها عنه ، ولو تعَذَّرَ لصِغَرِها ، لا تَلْزَمُه نفقَتُها .

١٩٩/٨ ظ

فصل : إذا سافَرَتْ زوجتُه بغيرِ إذْنِه ، سَقَطَتْ نفَقَتُها عنه ؛ لأنَّها ناشِزٌ . وكذلك إن انتَقلَتْ من منزلِه بغيرِ إذْنِه . وإن سافرتْ بإذْنِه ، فى حاجَتِه ، فهى على نفَقَتِها ؛ لأنَّها سافَرَتْ فى شُغْلِه ومُرادِه ، وإن كان فى[5] حاجةِ نفسِها ، سَقَطَتْ نفقتُها ؛ لأنَّها فوَّتَتِ التَّمْكِينَ لحَظِّ نفسِها ، وقضاءِ حاجَتِها ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَنْظَرَتْه قبلَ الدُّخولِ مُدَّةً فأنْظَرَها ، إلَّا أن يكونَ مُسافِرًا معها ، مُتَمَكِّنًا من اسْتِمْتاعِها ، فلا تسقطُ نفقتُها ؛ لأنَّها لم تُفوِّتِ التَّمْكِينَ ، فأشْبهتْ غيرَ المُسافِرَةِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ نفقتُها ، وإن لم يكُنْ معها ؛ لأنَّها مُسافِرَةٌ بإذْنِه ، أشْبَهَ ما لو سافَرَتْ فى حاجَتِه ، وسواءٌ كان سَفَرُها لتِجارةٍ ، أو حجِّ تَطَوُّعٍ ، أو زِيارةٍ . ولو أحْرَمَتْ بحجِّ تَطَوُّعٍ بغيرِ إذْنِه ، سَقَطَتْ نفقَتُها ؛ لأنَّها فى معنَى المُسافِرَةِ . وإن أحْرَمَتْ به بإذْنِه ، فقال القاضى : لها النَّفقةُ .

---

(١) سقط من : ب .

(٢) فى ا : « النفقة » .

(٣) فى ب ، م : « لحق » .

(٤) فى م : « لما » .

(٥) سقط من : م .

والصَّحِيحُ أنَّها كالمُسافِرَةِ ؛ لأنَّها بإحْرامِها مانِعةٌ له من التَّمْكِينِ ، فهى كالمُسافرةِ لحاجةِ نَفْسِها ، على ما ذكرْناه . وإن أحْرَمَتْ بالحجِّ الواجبِ ، أو العُمْرةِ الواجبةِ ، فى الوقتِ الواجبِ ، من المِيقَاتِ ، فلها النَّفقةُ ؛ لأنَّها فَعلَت الواجبَ عليها بأصْلِ الشَّرْعِ فى وَقْتِه ، فلم تَسْقُطْ نفقَتُها ، كما لو صامَتْ رَمضانَ . وإن قَدّمَتِ الإحْرامَ على المِيقاتِ ، أو قبلَ الوقتِ ، خُرِّجَ فيها من القَوْلِ ما فى المُحْرِمةِ بحَجِّ التَّطَوُّعِ ؛ لأنَّها فَوَّتَتْ عليه التَّمْكِينَ بشىءٍ مُسْتَغْنًى[٦] عنه .

فصل : فإن اعْتَكَفَتْ ، فالقِياسُ أنَّه كسَفَرِها ، إن كان بغير إذْنِه فهى ناشِزٌ ؛ لخُرُوجِها من منزلِ زَوْجِها [٧]بغيرِ إذْنِه[٧] فيما ليس بواجبٍ بأصْلِ الشرعِ ، وإن كان بإذْنِه ، فلا نَفقةَ لها فى[٨] قولِ الْخِرَقِىِّ . وقال القاضى : لها النفقةُ . وإن صامتْ رمضانَ ، / لم تسقُطْ نفقَتُها ؛ لأنَّه واجبٌ مُضَيَّقٌ بأصْلِ الشرعِ ، لا يَمْلِكُ مَنْعَها منه ، فلم تَسْقُطْ نفقَتُها ، كالصَّلاةِ ، ولأنَّه يكونُ صائِمًا معها ، فيَمْتَنِعُ الاسْتِمْتاعُ لمعنًى وُجِدَ فيه ، وإن كان تَطَوُّعًا ، لم تسْقُطْ نفقَتُها ؛ لأنَّها لم تَخْرُجْ عن قَبْضَتِه[٩] ، ولم تأتِ بما يَمْنَعُه من الاسْتِمْتاعِ بها ، فإنَّه يُمْكِنُه تَفْطِيرُها ووَطْؤُها ، فإن أراد ذلك منها فمَنَعَتْه[١٠] ، سَقَطَتْ نفقتُها بامْتِناعِها من التَّمْكِينِ الواجبِ . وإن كان صَوْمًا مَنْذُورًا مُعَلَّقًا بوقتٍ مُعَيَّنٍ ، فقال القاضى : لها النَّفقةُ ؛ لأنَّ أحمدَ نَصَّ على أنَّه ليس له مَنْعُها . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن كان نَذْرُها قبلَ النكاحِ ، أو كان النَّذْرُ بإذْنِه ، لم تسْقُطْ نفقَتُها ؛ لأنَّه كان واجبًا عليها بحَقٍّ سابقٍ على نكاحِه ، أو واجبٍ أذِنَ فى سَبَبِه ، وإن كان النَّذْرُ فى نِكاحِه بغيرِ إذْنِه ، فلا نَفقةَ لها ؛ لأنَّها فوَّتَتْ عليه حَقَّه من الاسْتِمْتاعِ باخْتِيارِها بالنَّذْرِ الذى لم يُوجِبْه[١١]

٨/٢٠٠و

---

(٦) فى ا : « يستغنى » .

(٧-٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى ب ، م : « على » .

(٩) فى ا ، م : « قبضه » .

(١٠) فى م زيادة : « نفسها » .

(١١) فى ب : « يوجب » .

الشَّرْعُ عليها ، ولا نَدَبها إليه . وإن كان النَّذْرُ مُطْلَقًا ، أو كان صَوْمَ كَفَّارةٍ ، فصامَتْ بإِذْنِه ، فلها النَّفقةُ ؛ لأنَّها أدَّتِ الواجبَ بإِذْنِه ، فأشْبَهَ ما لو صامَتِ المُعَيَّنَ فى وَقْتِه ، وإن صامتْ بغيرِ إذْنِه ، فقال القاضى : لا نَفقةَ لها ؛ لأنَّها يُمْكِنُها تأْخِيرُه ، فإنَّه على التَّراخِى ، وحَقُّ الزَّوجِ على الفَوْرِ . وإن كان قَضَاءَ رمضانَ قبلَ ضِيقِ وَقْتِه ، فكذلك ، وإن كان وَقْتُه مُضَيَّقًا ، مثل أن قَرُبَ رمضانُ الآخَرُ ، فعليه نفقَتُها ؛ لأنَّه واجبٌ مُضَيَّقٌ بأصْلِ الشَّرْعِ ، أشْبَهَ أداءَ رمضانَ .

١٣٩٦ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ طَلَاقًا لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ ، فَلَا سُكْنَى لَهَا ، وَلَا نَفَقَةَ ، إلَّا أنْ تَكُونَ حَامِلًا**)

(١ وجملةُ الأمرِ ١) ، أنَّ الرجلَ إذا طَلَّقَ امرأتَه طلاقًا بائِنًا ، فإمَّا أن يكونَ ثلاثًا ، أو بخُلْعٍ ، أو بانَتْ بفَسْخٍ ، وكانت حامِلًا فلها النَّفقةُ والسُّكْنَى ، بإجْماعِ أهلِ العلمِ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[٢] . وفى بعض أخبارِ فاطمةَ بنت قيسٍ : لا نفقَةَ لك إلَّا أنْ تَكُونِى حامِلًا[٣] . ولأنَّ الحَمْلَ ولَدُه ، فيَلْزَمُه الإنْفاقُ عليه ، ولا يُمْكِنُه النَّفقةُ[٤] عليه ، إلَّا بالإنْفاقِ[٥] عليها ، فوَجَبَ ، كما[٦] وَجَبَتْ أُجْرَةُ الرَّضاعِ . وإن كانت حائِلًا ، فلا نَفقةَ لها . وفى السُّكْنَى رِوَايتان ؛ إحداهما ، لها

(١ – ١) فى ا : « وجملته » .

(٢) سورة الطلاق ٦ .

(٣) تقدم تخريج قصة فاطمة بنت قيس ، فى : ٦/ ٣٠٧ ، ٩/٥٦٧ .

وهذا اللفظ أخرجه مسلم ، فى : باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/ ١١١٧ .
وأبو داود ، فى : باب فى نفقة المبتوتة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤١٤ ، ٤١٥ .

(٤) فى ا : « الإنفاق » .

(٥) فى ا : « النفقة » .

(٦) فى ب زيادة : « لو » .

ذلك . وهو قولُ عمرَ ، وابْنِه ، وابنِ مسعودٍ ، وعائشةَ ، وفُقَهاءِ المدينةِ السَّبعـة ، ومالكٍ ، والشافعيِّ ؛/ للآية. والرواية الثانية، لا سُكْنَى لها ، ولا نفقةَ . وهى ظاهِرُ ٨/٢٠٠ظ
المَذْهَبِ ، وقولُ[7] عليٍّ ، وابـنِ عبـاسٍ ، وجابـرٍ ، وعَطـاءٍ ، وطَـاوُسٍ ، والحسنِ ، وعِكْرِمةَ ، ومَيْمُونِ بن مِهْرانَ ، وإسْحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وداود . وقال أكثرُ الفُقهاءِ العِرَاقِيِّينَ : لها السُّكْنَى والنَّفقةُ . وبه قال ابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّـوْرِىُّ ، والحَسَنُ بن صالحٍ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه ، والْبَتِّىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ . ولأنَّها مُطَلَّقَةٌ ، فوَجَبَتْ لها النَّفَقةُ والسُّكْنَى ، كالرَّجْعِيَّةِ . وردُّوا خَبَرَ فاطمةَ بنت قيسٍ بما رُوِىَ عن عمرَ ، أنَّه قال : لا نَدَعُ كِتَابَ رَبِّنا ، وسُنَّةَ نَبِيِّنا ، لقولِ امرأةٍ[8] . وأنْكَرَتْه عائشةُ ، وسعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وتَأَوَّلُوه . ولَنا ، ما رَوَتْ فاطمةُ بنت قيسٍ ، أنَّ زَوْجَهـا طَلَّقهـا الْبَتَّـةَ وهـو غائبٌ ، فأرْسَلَ إليها وَكِيلـه بشَعِيـرٍ ، فتَسَخَّطَتْهُ[9] ، فقال : واللهِ مالكِ علَيْنا من شىءٍ . فجاءتْ رسولَ الله ﷺ فذكرتْ[10] ذلك له ، فقال : « لَيْسَ لَكِ[11] عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا سُكْنَى » . فأمَرَها أن تَعْتَدَّ فى بيت أُمِّ شريكٍ . مُتَّفَقٌ عليه[12] . وفى لَفْظٍ : فقال رسولُ الله ﷺ : « انْظُرِى يَا ابْنَةَ قَيْسٍ ، إنَّما النَّفَقةُ لِلْمَرْأةِ عَلَى زَوْجِها مَا كَانَتْ لَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ ، فَإذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عليها الرَّجْعَةُ ، فَلَا نَفَقَـةَ[13] ولا سُكْنَـى » . رواه الإمـامُ أحمدُ ، والأثْـرَمُ ، والحُمَيْـدِىُّ ، وغيرُهُم[14] . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : من طَرِيقِ الحُجَّةِ وما يَلْزَمُ منها ، قولُ أحمدَ ابن حَنْبلٍ

(٧) فى ب : « وهو قول » .
(٨) تقدم فى صفحة ٣٠١ .
(٩) فى ا ، م : « فسخطته » .
(١٠) فى م : « تذكره » .
(١١) سقط من : ا .
(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ٦/٣٠٧ ، ٩/٥٦٧ .
(١٣) فى ا زيادة : « لها » .
(١٤) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٣٠٢ .

وَمَنْ تابَعَه أصَحُّ وأحَجُّ ؛ لأنَّه ثَبَتَ عن النَّبىِّ ﷺ نصًّا صَرِيحًا ، فأىُّ شىءٍ يُعارِضُ هذا إلَّا مثلُه عن النَّبىِّ ﷺ ، الذى[15] هو المُبَيِّنُ عن اللهِ مُرادَه ؟ ولا شىءَ يَدْفَعُ ذلك . ومَعْلُومٌ أنَّه أعْلَمُ بتأْوِيلِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ . وأمَّا قولُ عمرَ ، ومَنْ وافَقَه ، فقد خالَفَه علىٌّ وابنُ عباسٍ ، ومَنْ وافَقَهُما ، والحُجّةُ مَعَهم ، ولو لم يُخالِفْه أحَدٌ منهم ، لَما قُبِلَ قولُه المخالِفُ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فإنَّ قولَ رسولِ اللهِ ﷺ حُجّةٌ على عمرَ وعلَى غيرِه ، ولم يَصِحَّ عن عمرَ أنَّه قال : لا نَدَعُ كِتابَ رَبِّنا ، وسُنَّةَ نَبِيِّنا ، لقولِ امرأةٍ . فإنَّ[16] أحمدَ أنْكَرَه ، وقال : أمَّا هذا فلا ، ولكن قال : لا نَقْبَلُ فى دِينِنَا قولَ امرأةٍ . وهذا أمْرٌ يَرُدُّه[17] الإِجْماعُ على قبولِ قولِ المرأةِ فى الرِّوايةِ ، فأى حُجّةٍ فى شىءٍ يُخالِفُه الإِجماعُ ، وتَرُدُّه السنةُ ، ويُخالِفُه فيه علماءُ الصحابةِ . قال إسماعيلُ ابن إسحاقَ : نحنُ نَعْلَمُ أن / عمرَ لا يقول : لا نَدَعُ كِتابَ رَبِّنا إلَّا لما هو مَوْجُودٌ فى كِتابِ اللهِ . والذى فى الكِتابِ أنَّ لها النَّفقةَ إذا كانت حامِلًا ، بقولِه سبحانه : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وأمَّا غيرُ ذَواتِ الحَمْلِ [18]فلا يَدُلُّ[18] الكِتابُ إلَّا على[19] أنَّهُنَّ لا نَفقةَ لهُنَّ ؛ لاشْتِراطِه[20] الحَمْلَ فى الأمْرِ بالإِنْفاقِ . وقد رَوَى أبو داودَ ، وغيرُه من الأئِمَّةِ ، بإسْنادِهم عن ابنِ عَبَّاسٍ ، قال : ففَرَّقَ رسولُ اللهِ ﷺ بينهما - يعنى المُتَلاعِنَيْنِ - وقَضَى أن لا بَيْتَ لها عليه ولا قُوتَ[21] . ولأن هذه مُحَرَّمةٌ عليه تَحْرِيمًا لا تُزِيلُه الرَّجْعَةُ ، فلم يَكُنْ لها سُكْنَى ولا نفقةٌ ، كالمُلاعِنَةِ أو كالأجْنَبِيَّةِ ، وفارَقَتِ الرَّجْعِيَّةَ فى ذلك . وأمَّا الرَّجْعِيَّةُ ، فلها السُّكْنَى والنَّفقةُ ؛ للآيةِ والخَبَرِ والإجماعِ ، ولأنَّها زَوْجةٌ يَلْحَقُها طَلَاقُه وظِهَارُه وإيلاؤُه .

٢٠١/٨ و

---

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) فى ا : « لأن » .

(١٧) فى ب : « رده » .

(١٨-١٨) فى ا : « فيدل » .

(١٩) كشطت من : ا .

(٢٠) فى ا : « لاشتراط » .

(٢١) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .

فصل : فأمَّا المُلاعِنةُ فلا سُكْنَى لها ، ولا نفقةَ ، إن كانتْ غيرَ حامِلٍ ، للخبرِ . وكذلك إن كانت حاملًا نَفَى حَمْلَها ، وقُلْنا : إنَّه يَنْتَفِي [22]عنه . أو قُلْنا : إنَّه ينْتَفِي [22] بزَوَالِ الفِرَاشِ . وإن قُلْنا : لا ينْتَفِي بنَفْيِه . أو لم يَنْفِه ، وقُلْنا : إنَّه يَلْحَقُه نَسَبُه . فلها السُّكْنَى والنَّفقةُ ؛ لأنَّ ذلك للحَمْلِ ، أو لها بسَبَبِه ، وهو موجودٌ[23] ، فأشْبهتِ المُطلَّقةَ البائنَ . فإن نَفَى الحَمْلَ ، فأنْفَقتْ أُمُّه ، وسَكَنَتْ من غيرِ الزَّوْجِ ، وأرْضَعَتْ ، ثم استَلْحَقَه المُلاعِنُ ، لَحِقَه ، ولَزِمَتْه النَّفقةُ وأُجْرةُ[24] المَسْكنِ والرَّضَاعِ ؛ لأنَّها فَعَلَتْ ذلك على أنَّه لا أبَ له ، فإذا ثَبَتَ له أبٌ ، لَزِمَه ذلك ، ورُجِعَ به عليه . فإن قيل : النَّفقةُ لأجْلِ الحَمْلِ نَفقةُ الأقارِبِ ، وهى تَسْقُطُ بمُضِيِّ الزَّمانِ ، فكيف تَرْجِعُ عليه بما يَسْقُطُ عنه ؟ قُلْنا : بل النَّفقةُ للحاملِ من أجْلِ الحَملِ ، فلا تسْقُطُ ، كنَفَقَتِها فى الحياةِ ، وإن سَلَّمْنا أنَّها للحَمْلِ[25] ، إلَّا أنَّها مَصْرُوفةٌ إليها ، ويتَعلَّقُ بها حَقُّها ، فلا تَسْقُطُ بمُضِيِّ الزَّمانِ ، كنَفَقَتِها .

فصل : فأمَّا المُعْتَدَّةُ من الوَفاةِ ، فإن كانت حائِلًا ، فلا سُكْنَى لها ولا نَفَقةَ ؛ لأنَّ النكاحَ قد زال بالمَوْتِ ، وإن كانت حامِلًا ، ففيها رِوَايتان ؛ إحداهما ، لها السُّكْنَى والنَّفقةُ ؛ لأنَّها حامِلٌ من زَوْجِها ، فكانت لها السُّكْنَى والنَّفقةُ ، كالمُفارِقَةِ فى الحياةِ . والثانية ، لا سُكْنَى لها ولا نَفقةَ ؛ لأنَّ المالَ قد صار للوَرَثةِ ، ونفقةُ الحاملِ وسُكْناها إنَّما هو للحَمْلِ أو من أجْلِه ، ولا يَلْزَمُ ذلك الوَرَثَةَ ؛ لأنَّه إن كان للمَيِّتِ / مِيراثٌ ، فنَفقةُ الحملِ من نَصِيبِه ، وإن لم يكُنْ له مِيراثٌ ، لم يَلْزَمْ وارِثَ المَيِّتِ الإنْفاقُ على حَمْلِ امرأتِه ، كما بعدَ الوِلادةِ . قال القاضى : وهذه الرِّوايةُ أصَحُّ .

٨/٢٠١ظ

فصل : وهل تُجِبُ نَفَقةُ الحَمْلِ[26] للحاملِ من أجْلِ الحملِ أو للحَمْلِ ، فيه

(٢٢-٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى الأصل ، ب ، م : « موجودة » .

(٢٤) فى ا ، ب ، م : « وأجر » .

(٢٥) فى الأصل : « بحمل » .

(٢٦) سقط من : ا .

رِوَايتان ؛ إحداهما : تجبُ للحَمْلِ . اخْتارها أبو بكرٍ ؛ لأنَّها تجبُ بوُجُودِه ، وتَسْقُطُ عندَ انْفِصالِه ، فدَلَّ على أنَّها له . والثانية ، تجبُ لها من أجْلِه ؛ لأنَّها تجبُ مع اليَسارِ والإعْسارِ ، فكانتْ له كنفقةِ الزَّوْجاتِ ، ولأنَّها لا تسْقُطُ بمُضِىِّ الزمانِ ، فأشْبَهَتْ نفقتَها فى حياتِه . وللشافعىِّ قَوْلان ، كالرِّوايتَيْنِ . ويَنْبَنِى على هذا الاختلافِ فُرُوعٌ ؛ منها ، أنها إذا كانت المُطَلَّقةُ الحاملُ[٢٧] أمَةً ، وقُلْنا : النَّفقةُ للحَمْلِ . فنَفَقَتُها على سَيِّدِها ؛ لأنَّه مِلْكُه . وإن قُلْنا : لها . فعلى الزَّوجِ ؛ لأنَّ نفقتَها عليه . وإن كان الزَّوجُ عَبْدًا ، وقُلْنا : هى للحَمْلِ . فليس عليه نَفَقَةٌ[٢٨] ؛ لأنَّه لا تَلْزَمُه نَفقةُ ولَدِه . وإن قُلْنا : لها . فالنَّفقةُ عليه ؛ لما ذكَرْناه . وإن كانت حامِلًا من نكاحٍ فاسِدٍ ، أو وَطْءِ شُبْهةٍ ، وقُلْنا : النَّفقةُ للحَمْلِ . فعَلى الزَّوجِ والْوَاطئِ ؛ لأنَّه ولَدُه ، فلَزِمَتْه نفقَتُه كما بعدَ الوَضْعِ . وإن قُلْنا : للحاملِ . فلا نَفَقةَ عليه[٢٩] ؛ لأنَّها ليستْ زَوجةً يَجِبُ الإنْفاقُ عليها . وإن نَشَزَت امرأةُ إنْسانٍ ، وهى حامِلٌ ، وقُلْنا : النَّفقةُ للحَمْلِ . لم تَسْقُطْ نَفَقَتُها ؛ لأنَّ نفقةَ ولَدِه لا تسْقُطُ بنُشُوزِ أُمِّه . وإن قُلْنا : لها . فلا نَفقةَ لها ؛ لأنَّها ناشِزٌ .

فصل : ويَلْزَمُ الزَّوْجَ دَفْعُ نَفقةِ الحاملِ المُطَلَّقةِ إليها يومًا فيومًا ، كما يَلْزَمُه دَفْعُ نَفقةِ الرَّجْعِيَّةِ . وقال الشافعىُّ ، فى أحد قَوْلَيْه : لا يَلْزَمُه دَفْعُها إليها حتى تَضعَ ؛ لأنَّ الحَمْلَ غيرُ مُتَحقِّقٍ ، ولهذا : أوْقَفْنا[٣٠] المِيراثَ . وهذا خِلافُ قولِ الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . ولأنَّها مَحكومٌ لها بالنَّفقةِ ، فوَجَبَ دَفْعُها إليها ، كالرَّجْعِيَّةِ . وما ذكَرَهُ[٣١] غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ الحَمْلَ يَثْبُتُ بالأماراتِ ، وتَثْبُتُ أحكامُه فى[٣٢] النكاحِ ، والحَدِّ ، والقِصاصِ ، وفَسْخِ البيعِ فى الجاريةِ

---

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) فى م : « نفقته » .

(٢٩) فى ب ، م : « عليها » .

(٣٠) فى ا ، ب ، م : « وقفنا » .

(٣١) فى ا ، ب ، م : « ذكروه » .

(٣٢) فى الأصل ، ا : « فيه » .

المَبيعةِ ، والمَنْعِ من الأَخْذِ فى[33] الزَّكاةِ ، ووُجُوبِ الدَّفْعِ فى الدِّيَةِ ، فهو كالمُتَحَقِّقِ ، ولا يُشْبِهُ هذا الميراثَ ؛ فإنْ كان[34] الميراثُ لا يَثْبُتُ[35] بمُجَرَّدِ الحَمْلِ ، فإنَّه يُشْتَرَطُ له الوَضْعُ والاسْتِهلالُ بعدَ الوَضْعِ ، ولا يُوجَدُ ذلك قبلَه ، ولأنَّنا لا نَعْلَمُ صِفَةَ الحَمْلِ وقَدْرَه ووُجُودَ / شَرْطِ[36] تَوْرِيثِه ، بخلافِ[37] مَسْأَلَتِنا ، فإنَّ النَّفقةَ تجبُ بمُجَرَّدِ الحَمْلِ ، ولا تختلفُ باخْتِلافِه ، فإذا ثَبَتَ هذا ، فمتى ادَّعَتِ الحَمْلَ فصدَّقها ، دَفَعَ إليها ، فإنْ كان حَمْلًا ، فقد اسْتَوْفَتْ حَقَّها ، وإن بانَ أنَّها ليستْ حامِلًا ، رَجَعَ عليها ، سَواءٌ دَفَعَ[38] إليها بحُكْمِ الحاكمِ أو بغيرِه ، وسواءٌ شَرَطَ[39] أنَّها نَفَقةٌ أو لم يَشْتَرِطْ . وعنه : لا يَرْجِعُ . والصَّحِيحُ أنَّه يَرْجِعُ ؛ لأنَّه دَفَعَه على أنَّه واجبٌ ، فإذا بانَ أنَّه ليس بواجِبٍ ، اسْتَرْجَعَه ، كما لو قَضَاها دَيْنًا ، فبانَ أنَّه لم يكنْ عليه دَيْنٌ . وإن أنْكَرَ حَمْلَها ، نَظَرَ النِّساءُ الثِّقاتُ ، فَرَجِعَ إلى قَوْلِهِنَّ ، [40]ويُقْبَلُ قولُ المرأةِ[40] الواحدةِ إذا كانتْ من أهْلِ الخِبْرةِ والعَدالةِ ؛ لأنَّها شهادَةٌ على ما لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ ، أشْبَهَ الرَّضاعَ ، وقد ثَبَتَ الأَصْلُ بالخَبَرِ .

فصل : ولا تجبُ النَّفقةُ على الزَّوجِ فى النِّكاحِ الفاسِدِ ؛ لأنَّه ليس بينهما نِكاحٌ صحيحٌ ، فإن طَلَّقَها أو فُرِّقَ بينهما قبلَ الوَطْءِ ، فلا عِدَّةَ عليها ، وإن كان بعدَ الوَطْءِ ، فعليها العِدَّةُ ، ولا نَفقةَ لها ولا سُكْنَى ، إن كانتْ حائِلًا ؛ لأنَّه إذا لم يَجِبْ[41] ذلك قبلَ التَّفريقِ ، فبعدَه أَوْلَى ، وإن كانت حامِلًا ، فعلَى ما ذكَرْنا من قبلُ ؛ فإنْ قُلْنا : لها النَّفقةُ

202/8 و

---

(33) فى م زيادة : « منع » .

(34) سقط من : ا ، ب ، م .

(35) فى ا ، ب ، م زيادة : « إلا » .

(36) سقط من : م . وفى ا ، ب : « شرطه » .

(37) فى الأصل : « لخلاف » .

(38) فى ا : « دفعه » .

(39) فى ا : « شرطا » .

(40 - 40) فى ا : « فيقبل قولهن » .

(41) فى ب : « يجز » .

إذا كانت حامِلًا . فلها ذلك قبل التَّفْريقِ ؛ لأنَّه إذا وَجبَ بعدَ التَّفريقِ ، فقبلَه أَوْلَى .
ومتى أنْفقَ عليها قبلَ مُفارَقتِها أو بعدَها ، لم يَرْجِعْ عليها بشيءٍ[42] ؛ لأنَّه إن كان عالِمًا بعَدَمِ الوُجُوبِ ، فهو مُتطوِّعٌ به ، وإن لم يكُنْ عالِمًا فهو مُفرِّطٌ ، فلم يَرْجِعْ به[43] ، كما لو أنْفَقَ على أجْنَبِيَّةٍ . وكلُّ مُعْتَدَّةٍ من الوَطْءِ فى غيرِ نكاحٍ صَحيحٍ ، كالمَوْطُوءةِ بشُبْهةٍ وغيرِها ، إن كان يَلْحَقُ الواطئَ نَسَبُ ولَدِها ، فهى كالمَوْطُوءةِ فى النِّكاحِ الفاسِدِ ، وإن كان لا يَلْحَقُه نَسَبُ ولَدِها ، كالزَّانِى ، فليس عليه نفقَتُها ، حامِلًا كانتْ أو حائلًا ؛ لأنَّه لا نِكاحَ بينهما ، ولا بينهما ولَدٌ يُنْسَبُ إليه .

١٣٩٧ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَالَعَتِ الْمَرأةُ زَوْجَهَا ، وأَبْرَأَتْهُ مِنْ حَمْلِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ ، وَلَا لِلْوَلَدِ ، حَتَّى تَفْطِمَهُ)

أمَّا إذا خالَعَتْه ولم تُبْرِئْه مِن حَمْلِها ، فلها النَّفَقةُ ، كما لو طَلَّقَها ثلاثًا وهى حامِلٌ ؛ لأنَّ الحَمْلَ ولَدُه ، فعليه نَفقَتُه ، وإن أبْرَأَتْه من الحملِ عِوَضًا فى الخُلْعِ ، صَحَّ ، سَواءٌ كان العِوَضُ كلَّه أو بعضَه ، وقد ذكَرْناه فى الخُلْعِ[1] ، ويَبْرأُ حتَّى[2] تَفْطِمَه ، إذا كانتْ قد أبْرَأَتْه من نَفَقةِ الْحَمْلِ وكَفالةِ الوَلَدِ إلى ذلك ، أو أطْلَقَتِ / البَراءةَ من نَفقةِ الحَمْلِ وكَفالَتِه ؛ لأنَّ البَراءةَ المُطْلَقةَ تَنْصَرِفُ إلى المُدَّةِ التى تَسْتَحِقُّ المرأةُ العِوَضَ عليه فيها ، وهى مُدَّةُ الحَمْلِ والرَّضاعِ ، لأنَّ المُطْلَقَ إذا كان له عُرْفٌ ، انْصرَفَ إلى العُرْفِ . وإن اخْتَلَفَا فى مُدَّةِ الرَّضاعِ ، انْصرَفَ إلى حَوْلَيْنِ ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾[4] . وقال تعالى : ﴿ وَالْوَٰلِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ

٨/٢٠٢ظ

---

(٤٢) سقط من : م .
(٤٣) سقط من : الأصل .
(١) تقدم فى : ٢٨٤/١٠ .
(٢) فى ب ، م : « حين » .
(٣) فى الأصل : « طلبت » .
(٤) سورة لقمان ١٤ .

أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾[٥] . ثم قال : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾[٥] . فدَلَّ على أنَّه لا يَجُوزُ فِصالُه قبلَ العامَيْنِ[٦] إلَّا بتَراضٍ منهما وتَشَاوُرٍ . وإن قَدَّرَا مُدَّةَ البَراءةِ بزَمَنِ الحَمْلِ ، أو بعامٍ ، أو نحوِ ذلك ، فهو على ما قَدَّرَاه ، وهو أحْسَنُ ؛ لأنَّه أقْطَعُ للنِّزاعِ ، وأبْعَدُ من اللَّبْسِ والاشْتِباه . ولو أبْرَأَتْه من نَفقةِ الحَمْلِ ، انْصَرَفَ ذلك إلى زمنِ الحَمْلِ قبلَ وَضْعِه . قال القاضي : إنَّما صَحَّ مُخالَعتُها على نَفقةِ الوَلَدِ ، وهي للوَلَدِ دُونَها ؛ لأنَّها في حُكْمِ المالِكَة لها ، لأنَّها هي القابِضَةُ لها ، المُسْتَحِقَّةُ لها[٧] ، المُتَصرِّفةُ فيها ، فإنَّها في مُدَّةِ الْحَمْلِ هي الآكِلَةُ لها[٨] ، المُنْتَفِعةُ بها ، وبعدَ الوِلادةِ هي أجْرُ رَضاعِها له[٩] ، وهي الآخِذَةُ لها ، المُتَصرِّفةُ فيها أيضًا ، فصارَتْ كمِلْكٍ من أمْلاكِها ، فصَحَّ جَعْلُها عِوَضًا . فأمَّا النَّفقةُ الزائدةُ على هذا ، مِن كُسْوَةِ الطِّفْلِ ودُهْنِه ، ونحوِ ذلك فلا يَصِحُّ أن يُعاوضَ به في الخُلْعِ ، لأنَّه ليس هو لها ، ولا هو في حُكْمِ ما هُوَ لها .

١٣٩٨ – مسألة ؛ قال : (وَالنَّاشِزُ لَا نَفَقَةَ لَهَا ، فَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ ولَدٌ ، أعْطَاهَا نَفَقَةَ وَلَدِهَا)

معنى النُّشوزِ مَعْصِيَتُها لزَوْجِها فيما له عليها ، ممَّا أوْجَبَه له[١] النِّكاحُ[٢] ، وأصلُه من الارْتفاعِ ، مَأْخوذٌ من النَّشْزِ ، وهو المكانُ المُرْتفِعُ ، فكأنَّ الناشِزَ ارْتَفعتْ عن طاعةِ زَوْجِها ، فسُمِّيتْ ناشِزًا . فمتى امْتَنعتْ من فِراشِه ، أو خَرَجَتْ من منزِله بغيرِ إذْنِه ، أو امتنعتْ من الانْتِقالِ معه إلى مَسْكَنِ مثلِها ، أو من السَّفَرِ معه ، فلا نَفقةَ لها ولا

---

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .
(٦) في الأصل ، ا : « الحولين » .
(٧) سقط من : ا ، ب ، م .
(٨) في ب : « له » .
(٩) سقط من : م .
(١) في ا : « لها » .
(٢) في ب : « بالنكاح » .

سُكْنَى ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الشَّعْبِىُّ ، وحَمَّادٌ ، ومالكٌ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال الحَكَمُ : لها النفقةُ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : لا أعلمُ أحدًا خالَفَ هؤلاء إلَّا الحَكَمَ ، ولعله يَحْتَجُّ بأنَّ نُشُوزَها لا يُسْقِطُ مَهْرَها ، فكذلك نفَقَتُها . ولَنا ، أنَّ النَّفقةَ إنَّما تجبُ فى مُقابلةِ تَمْكِينِها ، بدليلِ أنَّها لا تجبُ قبلَ تَسْلِيمِها إليه ، وإذا مَنَعَها / النَّفقةَ كان لها[3] مَنْعُه التَّمْكِينَ ، فإذا منَعَتْه التَّمْكِينَ كان له مَنْعُها من النَّفقةِ ، كما قبلَ الدُّخولِ . وتخالِفُ المَهْرَ ؛ فإنَّه يجبُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، ولذلك لو مات أحَدُهما قبلَ الدُّخولِ وجَبَ المهرُ دُونَ النَّفقةِ . فأمَّا إذا كان له[4] منها ولَدٌ ، فعليه نَفَقةُ وَلَدِه ؛ لأنَّها واجبةٌ له ، فلا يَسْقُطُ حَقُّه بمَعْصِيَتِها ، كالكبيرِ ، وعليه أن يُعْطِيَها إيَّاها إذا كانتْ هى الحاضِنَةَ[5] له ، أو المُرْضِعةَ له ، وكذلك أجْرُ رَضاعِها ، يَلْزَمُه تَسْلِيمُه[6] إليها ؛ لأنَّه أجْرٌ مَلَكَتْه عليه بالإِرْضاعِ[7] ، لا فى مُقَابلةِ الاسْتِمْتاعِ ، فلا يَزُولُ بزَوَالِه .

٨/٢٠٣و

فصل : وإذا سَقَطَتْ نفقةُ المرأةِ بنُشُوزِها ، فعادت عن النُّشُوزِ والزوجُ حاضرٌ ، عادتْ نفَقَتُها ؛ لزوالِ المُسْقِطِ لها ، ووُجُودِ التَّمْكِينِ المُقْتَضِى لها . وإن كان غائبًا ، لم تَعُدْ نفقَتُها حتى يَعُودَ التَّسْليمُ بحُضُورِه ، أو بحُضورِ[8] وَكِيلِه ، أو حُكْمِ الحاكمِ بالوُجُوبِ إذا مَضَى زَمَنُ الإمْكانِ . ولو ارْتَدَّتْ امرأتُه ، سَقَطَتْ نفقَتُها ، فإن عادتْ إلى الإسلامِ ، عادتْ نفقَتُها بمُجَرَّدِ عَوْدِها ؛ لأنَّ المُرْتَدَّةَ إنَّما سَقَطَتْ نفقَتُها بخُرُوجِها[9] عن الإسْلامِ ، فإذا عادتْ إليه ، زال المَعْنَى المُسْقِطُ ، فعادتِ النَّفقةُ ،

---

(٣) فى الأصل : « له » .

(٤) سقط من : ب .

(٥) فى ب ، م : « الخاضعة » . تحريف .

(٦) فى الأصل : « بتسليمه » .

(٧) فى الأصل : « بالرضاع » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « حضور » .

(٩) فى الأصل : « لخروجها » .

وفى النُّشوزِ ، سقَطَتِ النفقةُ بخُروجِها عن يَدِه ، أو مَنْعِها[10] له من التَّمْكِينِ المُسْتَحَقِّ عليها ، ولا يزولُ ذلك إلَّا بعَوْدِها إلى يَدِه ، وتَمْكِينِه منها ، ولا يَحْصُلُ ذلك فى غَيْبَتِه ، ولذلك لو بذَلَتْ تَسْلِيمَ نَفْسِها قبلَ دُخُولِه بها فى حال غَيْبَتِه ، لم تَسْتَحِقَّ النَّفقةَ بمُجَرَّدِ البَذْلِ ، كذا هٰهُنا ، واللهُ أعلمُ .

(١٠) فى ب : « ومنعها » .

باب مَن أحَقُّ بكَفالةِ الطِّفْلِ

كَفالةُ الطِّفْلِ وحَضانَتُه واجبةٌ ؛ لأنَّه يَهْلِكُ بتَرْكِه ، فيجِبُ حِفْظُه عن الهلاكِ ، كما يجبُ الإِنفاقُ عليه ، وإنْجاؤُه من المَهالِكِ . ويتَعَلَّقُ بها حَقٌّ لقَرابَتِه ، (1)لأنَّ فيها(1) وِلايةً على الطِّفْلِ واسْتِصْحابًا[2] له ، فتَعَلَّقَ[3] بها الحَقُّ ، ككَفالةِ اللَّقِيطِ . ولا تَثْبُتُ الحَضانةُ لطفلٍ ، ولا مَعْتُوهٍ ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ عليها ، وهو مُحْتاجٌ إلى مَنْ يَكْفُلُه ، فكيف يَكْفُلُ غيرَه ! ولا فاسِقٍ[4] ؛ لأنَّه[5] غيرُ مَوْثُوقٍ به فى أداءِ الواجبِ من الحضانةِ ، ولا حَظَّ للوَلَدِ فى حَضانَتِه ، لأنَّه يَنْشَأُ على طَرِيقَتِه ، ولا الرَّقِيقِ . وبهذا قال عَطاءٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . / وقال مالكٌ ، فى حُرٍّ له ولَدٌ حرٌّ من أَمَةٍ : الأُمُّ أحَقُّ به ، إلَّا أن تُباعَ فتُنْقَلَ ، فيكونَ الأبُ أحَقَّ به ؛ لأنَّها أُمٌّ مُشْفِقَةٌ ، فأشْبَهتِ الحُرَّةَ . ولَنا ، أنَّها لا تَمْلِكُ مَنافِعَها التى تَحْصُلُ الكَفالةُ[6] بها ، لكَوْنِها مَمْلوكةً لسَيِّدِها ، فلم يكُنْ لها حَضانةٌ ، كما لو بِيعَتْ ونُقِلَتْ . ولا تَثْبُتُ لكافرٍ على مُسْلِمٍ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وسَوَّارٌ ، والعَنْبَرِيُّ . وقال ابنُ القاسمِ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ : تثْبُتُ له ؛ لما رُوِىَ عن عبدِ الحميد بن جعفرٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه رافع بن سِنانٍ ، أنَّه أسْلَمَ ، وأبَتِ امرأتُه أن تُسلِمَ ، فأتَتِ النَّبىَّ ﷺ فقالتْ : ابْنَتِى . وهى فَطِيمٌ ، أو شِبْهُهُ ، وقال رافع : ابْنَتِى . فقال النَّبىُّ ﷺ : « اقْعُدْ نَاحِيةً » ، وقال لها : « اقْعُدِى نَاحِيَةً » ، وقال : « ادْعُوَاهَا » .

٢٠٣/٨ ظ

(١ - ١) فى ا : « فإن منها » .
(٢) فى م : « واستحقاقه » .
(٣) فى م : « فيتعلق » .
(٤) فى الأصل ، ا ، م : « الفاسق » .
(٥) فى الأصل : « فإنه » .
(٦) فى ا زيادة : « له » .

فمالَتِ الصَّبِيَّةُ إلى أُمِّها ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ اهْدِهَا » . فمالَتْ إلى أبِيها ، فأَخَذَها . رواه أبو داودَ[7] . ولَنا ، أنَّها وِلايَةٌ ، فلا تَثْبُتُ لكافرٍ على مُسْلِمٍ ، كولايةِ النِّكاحِ والمالِ ، ولأنَّها إذا لم تثْبُتْ للفاسقِ ، فالكافرُ أوْلَى ، فإنَّ ضَرَرَه أكثرُ ، فإنَّه يَفْتِنُه عن دينِه ، ويُخْرِجُه عن الإسلامِ بتَعْلِيمِه[8] الكُفْرَ ، وتَزْيِينِه له ، وتَرْبِيَتِه عليه ، وهذا أعظمُ الضَّرَرِ . والحَضانةُ إنَّما تثْبُتُ لحظِّ الولَدِ ، فلا تُشْرَعُ على وَجْهٍ يكونُ فيه[9] هَلاكُه وهَلاكُ دِينِه . فأمَّا الحديثُ ، فقد رُوِىَ على غيرِ هذا الوَجْهِ ، ولا يُثْبِتُه أهلُ النَّقْلِ ، وفى إسنادِه مَقالٌ . قالَه[10] ابنُ المُنْذِرِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ عَلِمَ أنَّها تخْتارُ أباها بدَعْوَتِه ، فكان ذلك خاصًّا فى حَقِّه . فأمَّا مَنْ بعضُه حُرٌّ ، فإن لم يكُنْ بينَه وبينَ سَيِّدِه مُهايأةٌ ، فلا حَضانةَ له ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ عليها ، لكَوْنِ مَنافِعِه مُشْتَرَكةً بَينَه وبينَ سَيِّدِه ، وإن كان بينهما مُهايأةٌ ، فقياسُ قولِ أحمدَ ، أنَّ له الحَضانةَ فى أيَّامِه ؛ لأنَّه قال : كلُّ ما يتَجَزَّأُ ، فعليه النِّصْفُ من كلِّ شىءٍ . وهذا اخْتِيارُ أبى بكرٍ . وقال الشافعىُّ : لا حضانةَ له . لأنَّه كالقِنِّ عندَه . وهذا أصلٌ قد تقَدَّمَ .

١٣٩٩ – مسألة ؛ قال[1] : (وَالْأُمُّ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ وَالْمَعْتُوهِ ، إِذَا طُلِّقَتْ)

وجملتُه أنَّ الزَّوْجَيْنِ إذا افترَقا ، ولهما ولدٌ طفلٌ أو مَعْتُوهٌ ، فأمُّه أوْلَى الناسِ بكَفالَتِه إذا كَمَلَتِ الشَّرائِطُ فيها ، ذكَرًا كان أو أنْثَى . وهذا قولُ يحيى الأنصارىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، / ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وإسْحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، ولا نَعْلَمُ أحدًا خالَفَهُم . والأصلُ فيه ما رَوَى عبدُ الله بن عمرِو بن العاصِ ، أنَّ امرأةً قالتْ : ٨/٢٠٤و

---

(٧) فى : باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٢٠ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٤٤٦ .

(٨) فى ا : « بتعلمه » .

(٩) فى ا : « فيها » .

(١٠) فى الأصل ، م : « قال » .

(١) فى ب زيادة : « أبو القاسم » .

يا رسولَ الله ، إن ابْنِى هذا كان بَطْنِى له وِعاءً ، وثَدْيِى له سِقاءً ، وحِجْرِى له حِواءً ، وإنَّ أباه طَلَّقَنِى ، وأراد أن يَنْزِعَه مِنِّى . فقال رسولُ الله ﷺ : « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَم تَنْكِحِى » . رواه أبو داودَ[٢] . ويُرْوَى أنَّ أبا بكرٍ الصِّدِّيق ، حَكَم على عمرَ بن الخَطَّابِ بعاصِمٍ لأُمِّه أُمِّ عاصِمٍ ، وقال : رِيحُها وشَمُّها ولُطْفُها ، خَيْرٌ له منك . رواه سعيدٌ ، فى « سُنَنِه »[٣] . ولأنَّها أقْرَبُ إليه ، وأشْفَقُ عليه ، ولا يُشارِكُها فى القُرْبِ إلَّا أبُوه ، وليس له مثلُ شَفَقَتِها ، ولا يَتَولَّى الحَضانةَ بنَفْسِه ، وإنَّما يَدْفَعُه إلى امرأتِه ، وأُمُّه أوْلَى به من امْرأةِ أبِيه .

فصل : فإن لم تكُنِ الأُمُّ من أهْلِ الحَضانةِ ، لِفُقْدانِ الشُّروطِ التى ذكَرْنا فيها[٤] ، أو بعضِها ، فهى كالمَعْدُومةِ ، وتَنْتَقِلُ[٥] إلى مَنْ يَلِيها فى الاسْتِحْقاقِ . ولو كان الأبَوانِ مِن غيرِ أهلِ الحَضانةِ ، انتقلتْ إلى من يَلِيهِمَا ؛ لأنَّهما كالمَعْدُومَيْن .

فصل : ولا تَثْبُتُ الحضانةُ إلَّا على الطِّفْل والمَعْتُوهِ[٦] ، فأمَّا البالغُ الرَّشِيدُ ، فلا حضانةَ عليه ، وإليه الخِيَرَةُ [٧]فى الإقَامةِ[٧] عند مَنْ شاءَ من أبَوَيْه ، فإن كان رَجُلًا ، فله الانْفِرادُ بنَفْسِه ، لِاسْتِغنائِه عنهما ، ويُسْتَحَبُّ أن لا يَنْفَرِدَ عنهما ، ولا يَقْطَعَ بِرَّه عنهما ، وإن كانتْ جارِيةً لم يكُنْ لها الانْفرادُ ، ولأبِيها مَنْعُها منه ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ أن يَدْخُلَ عليها مَنْ يُفْسِدُها ، ويُلْحِقُ العارَ بها وبأهْلِها ، وإن لم يكنْ لها أبٌ ، فلِوَلِيِّها وأهْلِها مَنْعُها من ذلك .

---

(٢) فى : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٢٩ .

(٣) فى : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/١٠٩ ، ١١٠ .

كما أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/٧٦٧ ، ٧٦٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/٢٣٦–٢٣٨ .

(٤) سقط من : ا .

(٥) فى أ زيادة : « الحضانة » .

(٦) فى ب ، م : « أو المعتوه » .

(٧–٧) سقط من : ب .

١٤٠٠ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ سَبْعَ سِنِينَ ، خُيِّرَ بَيْنَ أَبَوَيْهِ ، فَكَانَ مَعَ مَنِ اخْتَارَ مِنْهُمَا)

وجملتُه أنَّ الغلامَ إذا بَلَغَ سَبْعًا ، وليس بمَعْتُوهٍ ، خُيِّرَ بين أبَوَيْه ، إذا تنازَعا فيه ، فمَن اختارَ[١] منهما ، فهو أَوْلَى به . قضَى بذلك عمرُ ، وعليٌّ ، وشُرَيْحٌ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ، وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : لا يُخَيَّرُ . لكنْ قال أبو حنيفةَ : إذا اسْتَقَلَّ بنَفْسِه ، فأكَلَ بنَفْسِه ، ولَبِسَ بنفسِه ، واسْتَنْجَى بنفسِه ، فالأبُ أحَقُّ به . ومالكٌ يقول : الأمُّ أحَقُّ به حتى يُثْغِرَ[٢] ، وأمَّا التَّخْيِيرُ ، فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الغُلامَ لا قَوْلَ له ، ولا يَعْرِفُ حَظَّه ، وربَّما / اختارَ مَنْ يَلْعَبُ عندَه ويَتْرُكُ تَأْدِيبَه ، ويُمَكِّنُهُ من شَهَواتِه ، فيُؤَدِّى إلى فَسادِه ، ولأنَّه دُونَ البُلُوغِ ، فلم يُخَيَّرْ ، كمَن دُونَ السَّبْعِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ خَيَّرَ غُلامًا بينَ أبيه وأُمِّه . روَاه سعيدٌ ، بإسْنادِه ، والشافعيُّ[٣] . وفى لفظٍ عن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : جاءتِ امرأةٌ إلى النَّبىِّ ﷺ ، فقالتْ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ زَوْجى يريدُ أن يَذْهَبَ بابْنِى ، وقد سَقَانِى من بِئْرِ أبى عِنَبَةَ[٤] ، وقد نَفَعَنِى . فقال له النَّبىُّ ﷺ : « هٰذَا أَبُوكَ ، وهٰذِهِ أُمُّكَ ، فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ » . فأخَذَ بيدِ أُمِّه ، فانْطَلَقَتْ به . روَاه أبو داودَ[٥] ، ولأنَّه إجْماعُ الصَّحابةِ ، فرُوِىَ عن عمرَ ، أنَّه خَيَّرَ

٨/٢٠٤ظ

---

(١) فى ا ، م : « اختاره » .

(٢) فى م : « يعرب » تحريف . وأثغر الغلام : ألقى ثغره ، ونبت ثغره ، ضِدٌّ .

(٣) أخرجه سعيد فى : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/١١٠ . وأخرجه الشافعى . انظر : الباب السابع فى الحضانة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢/٦٢ ، ٦٣ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٠٩ . وابن ماجه ، فى : باب تخيير الصبى بين أبويه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٨٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٤٦ .

(٤) فى م : « عتبة » . وبئر أبى عنبة : على بعد ميل من المدينة . معجم البلدان ١/٤٣٤ .

(٥) فى : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٣٠ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى تخيير الصبى بين أبويه ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/١٧٠ .

غلامًا بين أبِيه وأُمِّه . روَاه سعيدٌ[٦] ، ورُوِىَ عن[٧] . عُمارةَ الجَرْمِىِّ ، أنَّه قال : خَيَّرنِى علىٌّ بين عَمِّى وأُمِّى ، وكنتُ ابنَ سَبْعٍ أو ثمانٍ[٨] . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن أبى هُرَيْرَةَ . وهذه قِصَصٌ فى مَظِنَّةِ الشُّهْرةِ ، ولم تُنْكَرْ ، فكانت إجماعًا ، ولأنَّ التَّقْديمَ فى الحَضانةِ لِحَقِّ[٩] الولَدِ ، فيُقَدَّمُ[١٠] مَنْ هو أشْفَقُ ؛ لأنَّ حَظَّ الوَلَدِ عندَه أكثرُ ، واعْتَبرْنا الشَّفقةَ بمَظِنَّتِها إذا لم يُمْكِنِ اعْتِبارُها بنَفْسِها ، فإذا بَلَغ الغلامُ حَدًّا يُعْرِبُ عن نَفْسِه ، ويُمَيِّزُ بينَ الإِكْرامِ وضِدِّه ، فمالَ إلى أحدِ الأبَوَيْنِ ، دَلَّ على أنَّه أرْفَقُ به ، وأشْفَقُ عليه ، فقُدِّمَ بذلك . وقَيَّدْناه بالسَّبْعِ ؛ لأنَّها أوَّلُ حالٍ أمَرَ الشرعُ فيها بمُخَاطَبَتِه بالأمْرِ بالصَّلاةِ ، ولأنَّ الأُمَّ قُدِّمَتْ فى حالِ الصِّغَرِ ، لحاجَتِه إلى حَمْلِه ، ومُباشَرةِ خِدْمَتِه ، لأنَّها أعْرَفُ بذلك ، وأقْوَمُ به ، فإذا اسْتَغْنَى عن ذلك ، تَساوَى والِدَاه ، لقُرْبِهِما منه ، فرَجَّحَ باخْتِيارِه .

فصل : ومتى اخْتارَ أحَدَهما فسُلِّمَ إليه ، ثم اختارَ الآخرَ ، رُدَّ إليه ، فإن عادَ فاختارَ الأوَّلَ ، أُعِيدَ إليه ، هكذا أبدًا كلَّما اخْتارَ أحَدَهُما صارَ إليه ؛ لأنَّه اخْتِيارُ شَهْوةٍ ، لحَظِّ نَفْسِه ، فأُتْبِعَ ما يَشْتَهيه ، كما يُتْبَعُ ما يَشْتَهِيهِ فى المأْكولِ والمَشْروبِ ، وقد يَشْتَهِى المُقامَ عند أحَدِهما فى وقتٍ ، وعندَ الآخَرِ فى وقتٍ ، وقد يَشْتَهِى التَّسْوِيَةَ بينهما ، وأن لا يَنْقَطِعَ عنهما . وإن خَيَّرناه ، فلم يَخْتَرْ واحدًا منهما ، أو اختارَهما معًا ، قُدِّمَ أحَدُهما بالقُرْعةِ ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لأحَدِهما على صاحِبه ، ولا يُمْكِنُ اجْتِماعُهما على حَضانَتِه ،

---

(٦) فى : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/ ١١٠ ، ١١١ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب الأبوين إذا افترقا ... ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٨/ ٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير . من كتاب الطلاق . المصنف ٥/ ٢٣٦ .

(٧) سقط من : ا .

(٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب الأبوين إذا افترقا ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٨/ ٤ . والشافعى ، انظر : الباب السابع فى الحضانة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢/ ٦٣ . وسعيد ، فى : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/ ١١١ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الأولياء والأعمام أيهم أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/ ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

(٩) فى م : « يلحق به » .

(١٠) فى ب ، م : « فيتقدم » .

فقُدِّمَ أحَدُهما بالقُرْعةِ ، فإذا قُدِّمَ بها ، ثم اخْتارَ الآخَرَ ، رُدَّ إليه ؛ لأنَّنا قَدَّمْنا اخْتِيارَه الثانى على الأوَّلِ ، فعلى القُرْعةِ / التى(11) هى بَدَلٌ أَوْلَى .

٨/٢٠٥و

فصل : فإن كان الأبُ مَعْدُومًا ، أو من غيرِ أهْلِ الحَضانةِ ، وحَضَرَ غيرُه من العَصَباتِ ، كالأخِ والعَمِّ وابْنِه ، قامَ مَقامَ الأبِ ، فيُخَيَّرُ الغلامُ بين أُمِّه وعَصَبَتِه ؛ لأنَّ عَلِيًّا ، رَضِىَ اللهُ عنه ، خَيَّرَ عُمارةَ الجَرْمِيَّ بين أُمِّه وعَمِّه . ولأنَّه عَصَبةٌ ، فأشْبَهَ الأبَ . وكذلك إن كانت الأُمُّ(12) مَعْدومةً ، أو من غيرِ أهلِ الحَضانةِ ، فسُلِّمَ(13) إلى الجَدَّةِ ، خُيِّرَ الغلامُ بينها وبينَ أبِيه ، أو مَنْ يقومُ مَقامَه من العَصَباتِ ، فإن كان الأبوانِ مَعْدومَيْنِ ، أو من غيرِ أهلِ الحضانةِ ، فسُلِّمَ إلى امْرأةٍ ، كأُخْتِه أو عَمَّتِه(14) أو خالَتِه ، قامتْ مقامَ أُمِّه ، فى التَّخْيِيرِ بينها وبينَ عَصَباتِه ، للمعنى الذى ذكَرْناه فى الأبوَيْنِ . فإن كان الأبوان رَقِيقَيْنِ ، وليس له أحَدٌ من أقارِبه سِواهُما ، فقال القاضى : لا حَضانةَ لهما عليه ، ولا نفقةَ له عليهما ، ونفَقَتُه فى بيتِ المالِ ، ويُسَلَّمُ إلى من يَحْضُنُه من المسلمين .

فصل : وإنَّما يُخَيَّرُ الغلامُ بشَرْطَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يكونَا جميعًا من أهلِ الحضانةِ ، فإن كان أحَدُهما من غيرِ أهلِ الحضانةِ ، كان كالمَعْدُومِ ، ويُعَيَّنُ الآخرُ . الثانى ، أن لا يكونَ الغلامُ مَعْتُوهًا ، فإن كان مَعْتُوهًا كان عندَ الأُمِّ ، ولم يُخَيَّرْ ؛ لأنَّ المَعْتُوهَ بمنزلةِ الطِّفْلِ وإن كان كبيرًا ، ولذلك كانت الأُمُّ أحَقَّ بكفالةِ ولَدِها المَعْتُوهِ بعدَ بُلُوغِه . ولو خُيِّرَ الصَّبِىُّ ، فاختار أباه ، ثم زال عَقْلُه ، رُدَّ إلى الأُمِّ ، وبَطَلَ اختيارُه ؛ لأنَّه إنما خُيِّرَ حين اسْتَقَلَّ بنَفْسِه ، فإذا زال اسْتِقْلالُه بنفسِه ، كانت الأُمُّ أَوْلَى ؛ لأنَّها أشْفَقُ عليه ، وأقْوَمُ بمَصالِحِه(15) ، كما فى حالِ طُفُولِيَّتِه .

---

(11) سقط من : ب .

(12) فى ا ، ب ، م : « أمه » .

(13) فى الأصل : « فيسلم » .

(14) فى ا ، ب ، م : « وعمته » .

(15) فى ا : « بمصلحته » .

١٤٠١ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ سَبْعَ سِنِينَ ، فَالْأَبُ أَحَقُّ بِهَا)

وقال الشافعىُّ : تُخَيَّرُ كالغلامِ ؛ لأنَّ كلَّ سِنٍّ خُيِّرَ فيه الغلامُ خُيِّرَتْ فيه الجاريةُ ، كسِنِّ البُلُوغِ . وقال أبو حنيفةَ : الأمُّ أحَقُّ بها ، حتى تُزَوَّجَ أو تَحِيضَ . وقال مالكٌ : الأُمُّ أحَقُّ بها حتى تُزَوَّجَ ويَدْخُلَ[1] بها الزَّوجُ ؛ لأنَّها لا حُكْمَ لِاخْتِيارِها ، ولا يُمْكِنُ انْفِرادُها ، فكانت الأمُّ أحَقَّ بها ، كما قَبْلَ السَّبْعِ . ولَنا ، أنَّ الغَرَضَ بالحضانةِ الحَظُّ ، والحَظُّ للجاريةِ بعدَ السَّبْعِ فى الكَوْنِ عند أبيها ؛ لأنَّها تَحْتاجُ إلى حِفْظٍ ، والأبُ أوْلَى بذلك ، فإنَّ الأُمَّ تحْتاجُ إلى مَنْ يَحْفَظُها / ويَصُونُها ، ولأنَّها إذا بَلَغَتِ السَّبْعَ ، قارَبَتِ الصَّلَاحِيَةَ للتَّزْوِيجِ ، وقد تزوَّجَ النَّبِىُّ ﷺ عائشةَ ، وهى ابنةُ سَبْعٍ[2] . وإنَّما تُخْطَبُ الجاريةُ من أبيها ؛ لأنَّه وَلِيُّها ، والمالكُ لتَزْوِيجِها ، وهو أعلمُ بالكَفاءةِ ، وأقْدَرُ على البَحْثِ ، فيَنْبَغِى أن يُقَدَّمَ على غيرِه ، ولا يُصارُ إلى تَخْيِيرِها ؛ لأنَّ الشَّرْعَ لم يَرِدْ به فيها ، ولا يَصِحُّ قِياسُها على الغُلامِ ؛ لأنَّه لا يحْتاجُ إلى الحِفْظِ والتَّزْوِيجِ ، كحاجَتِها إليه ، ولا على سِنِّ البُلُوغِ ؛ لأنَّ قَوْلَها حينئذٍ مُعْتَبَرٌ فى إذْنِها ، وتَوْكِيلِها ، وإقْرارِها ، واخْتيارِها ، بخلافِ مسألَتِنا ، ولا يَصِحُّ قِياسُ ما بعدَ السَّبْعِ على ما قبلَها ؛ لما ذكَرْنا فى دَلِيلِنا .

٢٠٥/٨ظ

فصل : إذا كانت الجاريةُ عندَ الأُمِّ أو عندَ الأبِ ، فإنَّها تكونُ عندَه ليلًا ونهارًا ؛ لأنَّ تَأْدِيبَها وتَخْرِيجَها فى جَوْفِ البيتِ ، من تَعْلِيمِها الغَزْلَ والطَّبْخَ وغيرِهما[3] ، ولا حاجةَ بها إلى الإخْراجِ منه ، ولا يُمْنَعُ أحَدُهما من زِيارَتِها عندَ الآخَرِ ، من غيرِ أن يَخْلُوَ الزَّوْجُ بأُمِّها ، ولا يُطِيلُ ، ولا يتَبَسَّطُ ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ بينهما تَمْنَعُ تَبَسُّطَ أحَدِهما فى منزِلِ الآخَرِ . وإن مَرِضَتْ ، فالأُمُّ أحَقُّ بتَمْرِيضِها فى بيتِها . وإن كان الغلامُ عندَ الأُمِّ بعدَ السَّبْعِ ، لِاخْتِيارِه لها ، كان عندَها ليلًا ، ويأخذُه الأبُ نَهارًا لِيُسَلِّمَه فى مكتبٍ ، أو

---

(١) فى ا ، ب ، م : « أو يدخل » .

(٢) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٣٩٦ ، ٣٩٨/٩ .

(٣) فى ا ، ب ، م : « وغيرها » .

فى صناعةٍ ؛ لأنَّ القصْدَ حَظُّ الغُلامِ ، وحَظُّه فيما ذكَرْناه . وإن كان عند الأبِ ، كان عندَه ليلًا ونهارًا ، ولا يُمْنَعُ من زِيارةِ أُمِّه ؛ لأنَّ مَنْعَه من ذلك إغراءٌ بالعُقُوقِ ، وقَطِيعةٌ للرَّحِمِ[٤] . وإن مَرِضَ ، كانت الأُمُّ أحَقَّ بتَمْرِيضِه فى بَيْتِها ؛ لأنَّه صار بالمَرَضِ كالصغيرِ ، فى الحاجةِ إلى مَنْ يقومُ بأمْرِه ، فكانت الأُمُّ أحَقَّ به كالصَّغيرِ . وإن مَرِضَ أحدُ الأبَوَيْنِ ، والولدُ عندَ الآخرِ ، لم يُمْنَعْ من عِيادَتِه ، وحُضُورِه عندَ مَوْتِه ، سواءٌ كان ذكَرًا أو أُنْثَى ؛ لأنَّ المَرَضَ يَمْنَعُ المَرِيضَ من المَشْيِ إلى ولَدِه[٥] ، فمَشْىُ ولَدِه إليه أَوْلَى . فأمَّا فى حالِ الصِّحَّةِ ، فإنَّ الغلامَ يَزُورُ أُمَّه ؛ لأنَّها عَوْرَةٌ ، فسَتْرُها أَوْلَى ، والأُمُّ تَزُورُ ابْنَتَهَا ؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما عورةٌ ، تحْتاجُ إلى صِيانةٍ وسَتْرٍ ، وسَتْرُ الجاريةِ أَوْلَى ؛ لأنَّ الأُمَّ قد تخَرَّجَتْ وعَقَلَتْ ، بخلافِ الجاريَةِ .

فصل : وإذا أراد أحدُ الأبَوَيْنِ السَّفَرَ لحاجةٍ ثم يَعُودُ ، والآخرُ مُقِيمٌ ، فالمُقيمُ أَوْلَى بالحضانةِ ؛ لأنَّ فى المُسافَرَةِ / بالوَلَدِ إضْرارًا به ، وإن كان مُنْتَقِلًا إلى بلدٍ ليُقِيمَ به ، وكان الطَّرِيقُ مَخُوفًا [٦]أو البلدُ[٦] الذى ينْتقِلُ إليه مَخُوفًا ، فالمقيمُ [٧]أحَقُّ بِهِ[٧] ؛ لأنَّ فى السَّفَرِ به خطَرًا به ، ولو اخْتارَ الولَدُ السَّفَرَ فى هذه الحالِ ، لم يُجَبْ إليه ؛ لأنَّ فيه تَغْرِيرًا به . وإن كان البلَدُ [٨]الذى ينْتقلُ إليه[٨] آمِنًا ، وطَرِيقُه آمِنٌ ، فالأبُ أحَقُّ به ، سَواءٌ كان هو المُقيمَ أو المُنْتقِلَ ، إلَّا أن يكونَ بين البَلَدَيْنِ قريبٌ ، بحيثُ يَراهُم الأبُ كلَّ يومٍ ويَرَوْنَه ، فتكونَ الأُمُّ على حَضَانَتِها . وقال القاضى : إذا كان السَّفَرُ دُونَ مَسافةِ القَصْرِ ، فهو فى حُكْمِ الإقامةِ . وهو قولُ بعضِ[٩] أصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ ذلك فى حُكْمِ الإقامةِ فى غيرِ هذا الحُكْمِ ، فكذلك فى هذا ، لأنَّ[١٠] مُراعاةَ الأبِ له مُمْكِنةٌ . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ

٢٠٦/٨ و

---

(٤) فى ا ، ب ، م : « الرحم » .
(٥) فى ب ، م : « والده » خطأ .
(٦ – ٦) فى ب : « والبلد » .
(٧ – ٧) فى م : « أولى بالحضانة » .
(٨ – ٨) سقط من : الأصل .
(٩) سقط من : ب ، م .
(١٠) فى ا ، ب : « ولأن » .

ما ذكَرْناه ، وهو أوْلَى ؛ لأنَّ البُعْدَ الذى يَمْنَعُه من رُؤْيَتِه ، يَمْنعُه من تَأْدِيبِه ، وتَعْلِيمِه ، ومُراعاةِ حالِه ، فأشْبَهَ مَسافةَ القَصْرِ . وبما ذكَرْناه من تَقْدِيمِ الأَبِ عند افْتراقِ الدارِ بهما ، قال شُرَيحٌ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : إن انْتقَلَ الأَبُ ، فالأُمُّ أحَقُّ به ، وإن انْتقَلَتِ الأُمُّ إلى البلدِ الذى[11] كان فيه أصْلُ النكاحِ ، فهى أحَقُّ ، وإن انْتقَلتْ إلى غيرِه ، فالأَبُ أحَقُّ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ : إن انتقلتْ من بَلَدٍ إلى قريةٍ ، فالأَبُ أحَقُّ ، وإن انتقلتْ إلى بلدٍ آخَرَ ، فهى أحَقُّ ؛ لأنَّ فى البَلَدِ يُمْكِنُ تَعْلِيمُه وتَخْرِيجُه . ولَنا ، أنَّه اختْلَفَ مَسْكنُ الأبوَيْنِ ، فكان الأَبُ أحَقَّ ، كما لو انْتَقَلَتْ من بلدٍ إلى قريةٍ ، أو إلى بلدٍ لم يكُنْ فيه أصْلُ النكاحِ ، وما ذكروه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأَبَ فى العادةِ هو الذى يقومُ بتَأْدِيبِ ابْنِه وتخريجِه وحِفْظِ نَسَبِه ، فإذا لم يكُنْ فى بلَدِه ضاعَ ، فأشْبَهَ ما لو كان فى قَرْيةٍ . وإن انْتَقَلا جميعًا إلى بلدٍ واحدٍ ، فالأُمُّ[12] باقيةٌ على حَضَانَتِها . وكذلك إن أخَذَه الأَبُ لِافْتراقِ البَلَدَيْنِ ، ثم اجْتَمَعا ، عادتْ إلى الأُمِّ حضَانَتُها . وغيرُ الأُمِّ ممَّن له الحضانةُ من النِّساءِ ، يقومُ مقامَها ، وغيرُ الأَبِ من عَصَباتِ الوَلَدِ ، يقومُ مَقامَه ، عند عَدَمِهما ، أو كَوْنِهما من غيرِ أهْلِ الحَضانةِ .

١٤٠٢ – مسألة ؛ قال : (فَإنْ لَمْ تَكُنْ أُمٌّ ، أوْ تَزَوَّجَتِ الْأُمُّ ، فَأُمُّ الْأَبِ أَحَقُّ مِنَ الْخَالَةِ)

٨/٢٠٦ظ فى هذه / المسألة فَصْلان :

أحدهما : أنَّ الأُمَّ إذا تزوَّجَتْ ، سقَطَتْ حَضانَتُها . قال ابن المُنْذِرِ : أجْمَعَ على هذا كلُّ مَنْ أحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ . قَضَى به شُرَيحٌ ، وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن الحَسَنِ ، أنَّها لا تَسْقُطُ بالتَّزْوِيجِ . ونَقَلَ مُهَنَّا عن أحمدَ : إذا تزَوَّجَتِ الأُمُّ ، وابْنُها صغيرٌ ، أُخِذَ منها . قيل له : فالجاريةُ مثلُ الصَّبِىِّ ؟ قال :

---

(١١) سقط من : م .
(١٢) فى ا ، م : « الأم » .

لا ، الجاريةُ تكونُ معها إلى سَبْعِ سِنِينَ . فظاهرُ هذا أنَّه لم يُزِلِ الحَضانةَ عن الجاريةِ لتزْويجِ أُمِّها ، وأزَالها عن الغُلامِ . ووَجْهُ ذلك ما رُوِىَ ، أنَّ عَلِيًّا وجَعْفَرًا وزَيْدَ بن حارِثَة ، تنازَعُوا فى حضانةِ ابْنةِ حَمْزةَ ، فقال علىٌّ : ابنةُ عَمِّى ، وأنا أخذْتُها . وقال زيدٌ : بنتُ أخِى ؛ لأنَّ رسولَ الله ﷺ آخى بين زيدٍ وحَمْزةَ . وقال جعفرٌ : بنتُ عَمِّى ، وعندى خالَتُها . فقال رسولُ الله ﷺ : « الْخَالَةُ أُمٌّ » . وسَلَّمَها إلى جَعْفَرٍ . رواه أبو داودَ[1] بنحوِ هذا المعنى ، فَجَعَلَ لها الحضانةَ وهى مُزوَّجَةٌ . والرِّوايةُ الأُولَى هى الصَّحِيحةُ . قال ابنُ أبى موسى : وعليها العَمَلُ ؛ لقولِ رسولِ الله ﷺ للمرأةِ : « أنْتِ أحَقُّ بِهِ ، مَا لَمْ تَنْكِحِى »[2] . ولأنَّها إذا تزَوَّجَتْ ، اشْتَغَلَتْ بحُقُوقِ الزَّوجِ عن الحضانةِ ، فكان الأبُ أحظَّ له ، ولأنَّ مَنافِعَها تكونُ مَمْلوكةً لغيرِها ، فأشْبهتِ المَمْلوكةَ . فأمَّا بنتُ حمزةَ ، فإنَّما قَضَى بها لخالَتِها ؛ لأنَّ زَوْجَها من أهلِ الحضانةِ ، ولأنَّه لا يُساوِيهِ فى الاسْتِحْقاقِ إلَّا علىٌّ ، وقد تَرَجَّحَ جعفرٌ بأنَّ امرأته من أهلِ الحضانةِ ، فكان أوْلَى . وعلى هذا ، متى كانت المرأةُ مُتَزَوِّجةً لرَجُلٍ من أهلِ الحضانةِ ، كالجَدَّةِ تكونُ متزَوِّجةً للجَدِّ ، لم تَسْقُطْ حَضانَتُها ؛ لأنَّه يُشارِكُها فى الوِلادةِ والشَّفَقةِ على الوَلَدِ ، فأشْبهَ الأُمَّ إذا كانتْ مُتزوِّجةً للأبِ . ولو تنازَعَ العَمَّانِ فى الحضانةِ ، وأحَدُهما مُتزوِّجٌ للأُمِّ ، أو الخالةِ ، فهو أحَقُّ ، لحديثِ بنتِ حمزةَ . وكذلك كلُّ عَصَبَتَيْنِ تساوَيا ، وأحدُهما مُتزوِّجٌ بمَن هى من أهْلِ الحضانةِ ، قُدِّمَ بها لذلك . وظاهرُ قولِ الْخِرَقِىِّ ، أنَّ التَّزْويجَ بأجْنَبِىٍّ يُسْقِطُ الحضانةَ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وإن عَرِىَ عن الدُّخولِ . /وهو قولُ الشافعىِّ ، ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ إلَّا بالدُّخولِ . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّ به تَشْتَغِلُ عن الحضانةِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « أنتِ أحَقُّ بِهِ مَالَمْ تَنْكِحِى » . وقد وُجِدَ النِّكاحُ قبلَ الدُّخولِ ،

٨/٢٠٧و

---

(١) فى : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٣٠ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب كيف يكتب : هذا ما صالح فلان بن فلان ... ، من كتاب الصلح ، وفى : باب عمرة القضاء ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٣/ ٢٤٢ ، ٥/ ١٨٠ .

(٢) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤١٤ .

ولأنَّ بالعَقْدِ[٣] يَمْلِكُ مَنافِعَها ، ويَسْتَحِقُّ زَوْجُها مَنْعَها من حَضانَتِه ، فزال حَقُّها ، كما لو دَخَلَ بها .

الفصل الثانى : أنَّ الأُمَّ إذا عُدِمَتْ ، أو تزَوَّجَتْ ، أو لم تكُنْ من أهلِ الحضانةِ ، واجتمعَتْ أُمُّ أبٍ وخالةٌ ، فأمُّ الأبِ أحَقُّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ فى الجديدِ . وحُكِيَ ذلك عن مالكٍ ، وأبى ثَوْرٍ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ الأُخْتَ والخالةَ أحَقُّ من الأبِ . فعلى هذا ، يَحْتَمِلُ أن تكونَ الخالةُ أحَقَّ من أُمِّ الأبِ . وهو قولُ الشافعيِّ القديمُ ؛ لأنَّها تُدْلِى بأُمٍّ ، وأُمُّ الأبِ تُدْلِى به[٤] ، فقُدِّمَ مَنْ يُدْلِى بالأُمِّ ، كتَقْدِيم أُمِّ الأمِّ على أمِّ الأبِ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِبِنْتِ حمزةَ لخالَتِها ، وقال : « الْخَالَةُ أُمٌّ » . ولَنا ، أنَّ أُمَّ الأبِ جَدَّةٌ وارِثَةٌ ، فقُدِّمَتْ على الخالةِ ، كأُمِّ الأُمِّ ، ولأنَّ لها وِلادةً ووِراثةً ، فأشْبهَتْ أُمَّ الأُمِّ . فأمَّا الحديثُ ، فيَدُلُّ على أن لِلْخالةِ حَقًّا فى الجملةِ ، وليس النِّزاعُ فيه ، إنَّما النِّزاعُ فى التَّرجيحِ عندَ الاجْتماعِ . وقولُهم : تُدْلِى بأُمٍّ . قُلْنا : لكنْ لا وِلادةَ لها ، فيُقَدَّمُ عليها مَنْ له ولادةٌ ، كتَقْدِيم أُمِّ الأمِّ على الخالةِ . فعلى هذا ، متى وُجِدَتْ جَدَّةٌ وارِثَةٌ ، فهى أَوْلَى ممَّن هو من غيرِ عَمُودَىِ النَّسَبِ بكلِّ حالٍ وإن عَلَتْ دَرَجَتُها ؛ لفضيلةِ الوِلادةِ والوِراثةِ ، فأمَّا أُمُّ أبى الأُمِّ ، فلا حَضانةَ لها ؛ لأنَّها تُدْلِى بأبِى الأُمِّ ، ولا حَضانةَ له[٤] ، ولا لمنْ[٥] أَدْلَى به .

فصل : فإن اجْتمَعتْ أُمُّ أمٍّ وأمُّ أبٍ ، فأُمُّ الأُمِّ أحَقُّ ، وإن عَلَتْ دَرَجَتُها ؛ لأنَّ لها وِلادةً ، وهى تُدْلِى بالأُمِّ التى تُقَدَّمُ على الأبِ ، فوَجَبَ تقدِيمُها عليها ، كتَقْدِيمِ الأُمِّ على الأبِ . وعن أحمدَ أنَّ أُمَّ الأبِ أحَقُّ . وهو قياسُ قولِ الْخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه قَدَّمَ خالةَ الأبِ على خالةِ الأُمِّ ، وخالةُ الأبِ أُخْتُ أُمِّه ، وخالةُ الأُمِّ أختُ أُمِّها ، فإذا قَدَّمَ

---

(٣) فى ب : « العقد » .

(٤) سقط من : ب .

(٥) فى ا ، م : « من » .

أخْتَ أُمِّ الأبِ ، دَلّ على تَقْدِيمِها ، وذلك لأنَّها تُدْلِى بعَصَبَةٍ ، مع مُساواتِها للأُخْرَى فى الوِلادةِ ، فوَجَبَ تقدِيمُها ، كتَقْدِيمِ الأُخْتِ من الأبِ على الأُخْتِ من الأُمِّ ، وإنما قُدِّمَتِ / الأُمُّ على الأبِ ؛ لأنَّها أُنْثَى [6] تَلِى الحضانةَ بنَفْسِها ، فكذلك أُمُّه ، فإنَّها أُنْثَى تَلِى بنَفْسِها ، فقُدِّمَتْ لما ذكَرْناه . ٢٠٧/٨ ظ

١٤٠٣ – مسألة ؛ قال : (والْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ أَحَقُّ مِن الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وأحَقُّ مِنَ الْخَالَةِ)

وجملتُه أنَّه إذا عُدِمَ مَنْ يَسْتَحِقُّ الحضانةَ ، من الآباءِ والأُمَّهاتِ وإن عَلَوْا ، انْتقَلتْ إلى الأخَواتِ ، وقُدِّمْنَ على سائرِ القَراباتِ ، كالخالاتِ والعَمَّاتِ وغيرِهِنَّ ؛ لأنَّهُنَّ شارَكْنَ فى النَّسَبِ ، وقُدِّمْنَ فى الميراثِ ، ولأنَّ العَمَّاتِ والخالاتِ إنَّما يُدْلِينَ بأُخُـوَّةِ الآباءِ والأُمَّهاتِ ، ولا مِيراثَ لهنَّ مع ذِى فَرْضٍ ولا عَصَبَةٍ ، فالمُدْلِى إلى نفسِ المَكْفُولِ ويَرِثُه أقْرَبُ وأشْفَقُ ، فكان أَوْلَى . وأَوْلَى الأخواتِ مَنْ كان لأبَوَيْنِ ، لقُوَّةِ قَرابَتِها ، (1ثم مَنْ كان لأبٍ1) ، ثم مَنْ كان لأُمٍّ ، نَصَّ عليه أحمدُ ، وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : الأخْتُ من الأُمِّ أَوْلَى من الأُخْتِ من الأبِ . وهو قولُ الْمُزَنِىِّ ، وابنِ سُرَيْجٍ ؛ لأنَّها أدْلَتْ بالأُمِّ ، فقُدِّمَتْ على المُدْلِيةِ بالأبِ ، كأُمِّ الأُمِّ مع أُمِّ الأبِ . وقال ابن سُرَيْجٍ : تُقَدَّمُ الخالةُ على الأُخْتِ من الأبِ ؛ لذلك . ولأبى حنيفةَ فيه [2] رِوَايتان . ولَنـا ، أنَّ الأُخْتَ من الأبِ أقْوى فى الميراثِ ، فقُدِّمَتْ ، كالأُخْتِ من الأبَوَيْنِ ، ولا تَخْفَـى قُوَّتُها ، فإنَّها أُقِيمَتْ مُقامَ الأختِ من الأبَوَيْنِ عندَ عَدَمِها ، وتكونُ عَصبةً مع البَناتِ ، وتُقاسِمُ الجَدَّ ، وما ذكَرُوه من الإِدْلاءِ لا يَلْزَمُ ؛ لأنَّ الأُخْتَ تُدْلِى بنَفْسِها ؛ لكَوْنِهما خُلِقَا من ماءٍ واحِدٍ ، ولها [3] تَعْصِيبٌ ، فكانتْ أَوْلَى . واللهُ أعلم .

---

(٦) فى ا ، م : « التى » .
(١ – ١) سقط من : ب .
(٢) سقط من : ب .
(٣) فى ب ، م : « ولهما » .

١٤٠٤ – مسألة ؛ قال : (وخَالَةُ الْأَبِ أحَقُّ مِنْ خالَةِ الْأُمِّ)

وجملتُه أنّه إذا عُدِمَتِ الأمّهاتُ والآباءُ والأخواتُ ، انْتَقلتِ الحضانةُ إلى الخالاتِ ، ويُقَدَّمْنَ على العَمَّاتِ . نَصَّ عليه أحمدُ . ويَحْتَمِلُ[1] كَلامُ الْخِرَقِىِّ تَقْدِيمَ العَمّاتِ ؛ لأنَّه قَدَّمَ خالةَ الأبِ ، وهى أُخْتُ أُمِّه ، على خالةِ الأُمِّ ، وهى أُخْتُ أُمِّها ، فيَدُلُّ ذلك على تَقْدِيمِ قَرابةِ الأبِ على قَرابةِ الأُمِّ ، ولأنَّهن يُدْلِينَ بعَصَبَةٍ ، فقُدِّمْنَ ، كتَقْدِيمِ الأُخْتِ من الأبِ على الأُخْتِ من الأُمِّ . وقال القاضى : مُرادُ الْخِرَقِىِّ بقَوْلِه : خالة الأَبِ . أى الخالةُ من الأَبِ تُقَدَّمُ على الخالةِ من الأُمِّ ، كتَقْدِيمِ الأُخْتِ من الأبِ على الأُخْتِ من الأُمِّ ؛ لأنَّ الخالاتِ أخواتُ الأُمِّ ، فيَجْرِينَ فى الاسْتِحْقاقِ والتَّقْدِيمِ فيما[2] بينَهُنَّ مَجْرَى الأَخواتِ المُفْتَرِقاتِ ، وكذلك الحكمُ فى العَمَّاتِ المُفْترِقاتِ . فإن قُلْنا بتَقديمِ[3] / الخالاتِ ، فإذا انْقَرضْنَ فالعَمَّاتُ بَعْدَهُنَّ ، وإن قُلْنا بتَقْديمِ العَمَّاتِ ، فالخالاتُ بعدَهُنَّ ، فإذا عُدِمْنَ ، انتقلَتْ إلى خالاتِ الأبِ ، على قولِ الْخِرَقِىِّ ، وعلى القولِ الآخَرِ ، إلى خالاتِ الأُمِّ . وهل يُقَدَّمُ خالاتُ الأبِ على عَمَّاتِه ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على ما ذكَرْنا فى الخالاتِ والعَمَّاتِ . فأمَّا عَمَّاتُ الأُمِّ ، فلا حَضانةَ لهُنَّ ؛ لأنَّهُنَّ يُدْلِينَ بأبِى الأُمِّ ، وهو رَجُلٌ من ذَوِى الأرْحامِ ، لا حَضانةَ له ، ولا لمن أدْلَى به .

٢٠٨/٨ و

فصل : وللرِّجالِ من العَصَباتِ مَدْخَلٌ فى الحَضانةِ ، وأَوْلاهُم الأَبُ ، ثم الجَدُّ أبو الأبِ وإن عَلَا ، ثم الأخُ من الأبَوَيْنِ ، ثم الأخُ من الأبِ ، ثم بَنُوهم وإن سَفَلُوا ، على تَرْتِيبِ المِيراثِ ، ثم العُمُومةُ ، ثم بَنُوهم كذلك ، ثم عُمُومةُ الأبِ ، ثم بَنُوهم . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال بعضُ أصحابِه : لا حَضانةَ لغيرِ الآباءِ والأجْدادِ ؛ لأنَّهم لا مَعْرِفةَ لهم بالحضانةِ ، ولا لهم وِلايةٌ بأنْفُسِهم ، فلم يكُنْ لهم حَضانةٌ ، كالأجانِبِ . ولَنا ،

---

(١) فى ب : « ويحمل » .

(٢) فى ب : « على ما » .

(٣) فى ب : « بتقدم » .

أن عَلِيًّا وجَعْفَرًا اخْتصَما فى حَضانةِ ابنةِ حمزةَ ، فلم يُنْكِرْ عليهما[4] النَّبىُّ ﷺ ادِّعاءَ الحضانةِ[5] . ولأنَّ لهم وِلايةً وتَعْصِيبًا بالقَرابةِ ، فتَثْبُتُ لهم الحضانةُ ، كالأبِ والجَدِّ ، وفارَقَ الأجانبَ ؛ فإنَّهم ليستْ لهم قَرابةٌ ولا شَفَقةٌ ، ولأنَّ الأجانبَ تَساوَوْا فى عَدَمِ القَرابةِ ، فليس واحدٌ منهم أَوْلَى بالتَّقْديمِ من الآخرِ ، والعَصَباتُ لهم قرابةٌ يَمْتازُون بها ، وأحَقُّهم بالحضانةِ أحَقُّهُم بالميراثِ بعدَ الآباءِ والأجدادِ ، ويَقُومونَ مَقامَ الأبِ فى التَّخْييرِ للصَّبىِّ بينَه وبينَ الأُمِّ ، أو غيرِها[6] ممَّن له الحَضانةُ من النِّساءِ ، ويكونُون أحَقَّ بالجاريةِ إذا بَلَغَتْ سَبْعًا ، إلَّا ابنَ العَمِّ ، فإنَّ الجاريةَ لا تُسَلَّمُ إليه إذا بَلَغَتْ سَبْعًا ؛ لأنَّه ليس بمَحْرَمٍ لها .

فصل : فأمَّا الرِّجالُ من ذَوِى الأرْحامِ ، كالخالِ ، والأخِ من الأُمِّ ، وأبى الأُمِّ ، وابنِ الأُخْتِ ، فلا حَضانةَ لهم مع وُجُودِ أحدٍ من أهلِ الحَضانةِ سِوَاهم ؛ لأنَّه ليس بامرأةٍ يتَوَلَّى الحضانةَ ، ولا له قُوَّةُ قَرابةٍ كالعَصَباتِ ، ولا حَضانةَ[7] لمن[8] يُدْلِى بهم ، كأُمِّ أبى الأُمِّ ، وابنةِ الخالِ ، وابنةِ الأخِ من الأُمِّ ؛ لأنَّهُنَّ يُدْلِينَ بمَن لا حَضانةَ له ، فإذا لم تَثْبُتْ للمُدْلَى به[9] ، فللمُدْلِينَ به أَوْلَى . فإن لم يكُنْ هناك غيرُهم ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، هم أَوْلَى ؛ لأنَّ لهم رَحِمًا وقَرابةً يَرِثُون بها عندَ عَدَمِ مَنْ هو أَوْلَى منهم ، كذلك الحضانةُ تكونُ لهم عند عَدَمِ مَنْ هو أَوْلَى بها منهم . / والثانى ، لا حَقَّ لهم فى الحضانةِ ، ويَنْتَقِلُ الأمرُ إلى الحاكمِ . والأوَّلُ أَوْلَى . ٢٠٨/٨ظ

فصل : فى بيانِ الأَوْلَى فالأَوْلَى من أهلِ الحضانةِ ، عندَ اجتماعِ الرِّجالِ والنِّساءِ .

---

(٤) فى ب ، م : « عليهم » .

(٥) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٢١ .

(٦) فى ب : « غيرهما » .

(٧) فى ا ، م زيادة : « إلا » .

(٨) فى ب ، م : « بمن » .

(٩) سقط من : م .

أَوْلَى الكُلّ بها الأُمُّ ، ثم أُمَّهاتُها وإن عَلَوْنَ ، يُقَدَّمُ مِنْهنَّ الأَقْرَبُ فالأقْرَبُ ؛ لأنهن نساءٌ ولادَتُهُنَّ مُتَحَقِّقةٌ ، فهى فى معنى الأُمِّ . وعن أحمدَ : أنَّ أُمَّ الأبِ وأُمَّهاتِها مُقَدَّماتٌ[10] على أُمِّ الأُمِّ . فعلى هذه الروايةِ ، يكونُ الأبُ أَوْلَى بالتَّقْديمِ ؛ لأنَّهُنَّ يُدْلِينَ به ، فيكون الأبُ بعد الأُمِّ ، ثم أُمَّهاتُه . والأُولَى هى المشهورةُ عندَ أصحابِنا ، وأنَّ المُقَدَّمَ الأُمُّ ، ثم أُمَّهاتُها ، ثم الأبُ ، ثم أُمَّهاتُه ، ثم الجَدُّ ، ثم أُمَّهاتُه ، ثم جَدُّ الأبِ ، ثم أُمَّهاتُه وإن كُنَّ غيرَ وارِثاتٍ ؛ لأنَّهُنَّ يُدْلِينَ بعَصَبَةٍ من أهلِ الحَضانةِ ، بخِلافِ أُمِّ أبِى الأُمِّ . وحُكِىَ عَن أحمدَ رِوايةٌ أُخْرَى ؛ أنَّ الأُخْتَ من الأُمِّ والخالةَ أحَقُّ من الأبِ . فتكونُ الأختُ من الأَبَوَيْنِ أحَقَّ منه ومنهما ومن جميع العَصَباتِ . والأُولَى هى المَشْهُورةُ فى المَذْهبِ . فإذا انْقَرَضَ الآباءُ والأُمَّهاتُ ، انْتَقَلَتِ الحضانةُ إلى الأَخَواتِ ، وتُقَدَّمُ الأُخْتُ من الأَبَوَيْنِ ، ثم الأُخْتُ من الأبِ ، ثم الأُخْتُ من الأُمِّ ، وتقدَّمُ الأُخْتُ على الأخ ؛ لأنَّها امرأةٌ من أهلِ الحَضانةِ ، فقُدِّمَتْ على مَنْ فى دَرَجَتِها من الرِّجالِ ، كالأُمِّ تُقَدَّمُ على الأبِ ، وأُمِّ الأَبِ على أبِى الأبِ ، وكلُّ جَدَّةٍ فى دَرَجةِ جَدٍّ تُقَدَّمُ عليه ؛ لأنَّها تَلِى الحضانةَ بنَفْسِها ، والرَّجُلُ لا يَلِيها بنَفْسِه . وفيه وجهٌ آخرُ ، أنَّه يُقَدَّمُ عليها ؛ لأنَّه عَصَبَةٌ بنَفْسِه . والأوَّلُ أوْلى . وفى تَقْديمِ الأُخْتِ من الأبَوَيْنِ ، أو من الأبِ على الجَدِّ ، وَجْهان . وإذا لم تكُنْ أُخْتٌ ، فالأخُ للأبَوَيْنِ أَوْلَى ، ثم الأخُ للأبِ ، ثم أبْناؤُهما ، ولا حَضانةَ للأخِ للأُمِّ ؛ لما ذكَرْنا . فإذا عُدِمُوا ، صارتِ الحضانةُ للخالاتِ ، على الصَّحِيحِ ، وتَرْتِيبُهُنَّ فيها كتَرْتيبِ الأَخَواتِ . ولا حضانةَ للأخْوالِ ، فإذا عُدِمْنَ[11] صارتْ للعَمَّاتِ ، ويُقَدَّمْنَ على الأعْمامِ ، كتَقْديمِ الأَخَواتِ على الإِخْوَةِ ، ثم للعَمِّ للأبَوَيْنِ ، ثم للعَمِّ للأبِ ، ولا حَضانةَ للعَمِّ [12] من الأُمِّ [12] ، ثم أبناؤُهما ، ثم إلى خَالاتِ الأَبِ ، على قولِ الخِرَقِىِّ ، وعلى القَوْلِ[13] الآخرِ ، إلى خالاتِ الأُمِّ ، ثم إلى عَمَّاتِ الأبِ ، ولا حَضانةَ

---

(10) فى الأصل : « متقدمات » .

(11) فى ب : « عدمت » .

(12-12) فى ا : « للأم » .

(13) فى م : « قول » .

لعمَّاتِ الأُمِّ ؛ لأنَّهُنَّ يُدْلِينَ بأبِى[14] الأُمِّ ، ولا حضانةَ له . وإن اجتمعَ شخصان أو أكثرُ من أهلِ الحَضانةِ فى دَرَجةٍ ، قُدِّمَ المُسْتَحِقُّ منهم بالقُرْعةِ .

فصل : وإن/ تَركتِ الأُمُّ الحضانةَ مع اسْتِحْقاقِها لها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تَنْتقِلُ إلى الأبِ ؛ لأنَّ أُمَّهاتِها فَرْعٌ عليها فى الاسْتِحْقاقِ ، فإذا أسْقَطَتْ حَقَّها ، سَقَطَ فُرُوعُها . والثانى ، تنْتَقِلُ إلى أُمَّهاتِها[15] وهو أصَحُّ ؛ لأنَّ الأبَ أبعدُ ، فلا تنْتقِلُ الحضانةُ إليه مع وُجُودِ أقْرَبَ منه ، كما لا تنْتقِلُ إلى الأُخْتِ ، وكَوْنُهُنَّ فُرُوعًا[16] لها ، لا يُوجِبُ سُقُوطَ حُقُوقِهِنَّ بسُقُوطِ حَقِّها ، كما لو سَقَطَ[17] حقُّها لكَوْنِها من غيرِ أهلِ الحَضانةِ ، أو لتَزَوُّجِها . وهكذا الحكمُ فى الأبِ إذا أسْقَطَ حَقَّه ، هل يَسْقُطُ حَقُّ أُمَّهاتِه ؟ على وَجْهَيْن . وإن كانت أختٌ من أبَوَيْنِ ، وأختٌ من أبٍ ، فأسْقَطَتِ الأختُ من الأبَوَيْنِ حَقَّها ، لم يَسْقُطْ حَقُّ الأختِ من الأبِ ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَها من غيرِ جِهَتِها ، وليست فَرْعًا عليها .

٢٠٩/٨ و

١٤٠٥ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا أُخِذَ الْوَلَدُ مِنَ الْأُمِّ إذَا تَزَوَّجتْ ، ثُمَّ طُلِّقَتْ ، رَجَعَتْ عَلَى حَقِّهَا مِنْ كَفَالَتِهِ)

وبهذا قال الشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ والْمُزَنىَّ قالا[1] : إن كان الطَّلاقُ رَجْعِيًّا ، لم يَعُدْ حَقُّها ؛ لأنَّ الزَّوجيَّةَ[2] قائمةٌ ، فأشْبَهَ ما لو كانتْ فى صُلْبِ النكاحِ . ولَنا ، أنَّها مُطلَّقةٌ ، فعادَ حَقُّها من الحضانةِ ، كالبائِنِ . وقولُهم : إنَّها زَوجةٌ . قُلْنا : إلَّا أنَّه قد عَزَلَها عن فِراشِه ، ولم يَبْقَ لها عليه قَسْمٌ ، ولا لها به شُغْلٌ ، وعُقِدَ

---

(١٤) فى م : « بأب » .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « أمها » .

(١٦) فى م : « فروعها » خطأ .

(١٧) فى ب : « أسقط » .

(١) فى م : « قال » .

(٢) فى م : « الزوجة » .

سَبَبُ زَوَالِ نِكاحِها، فأَشْبَهَتِ[3] البائِنَ فى عِدَّتِها. ويُخَرَّجُ عندَنا مثلُ قَوْلِهما[4]، لكَوْنِ النكاحِ قبلَ الدُّخولِ مُزِيلًا لحَقِّ الحضانةِ، مع عَدَمِ القَسْمِ والشُّغْلِ بالزَّوْجِ.

فصل : وكلُّ قرابةٍ تُستَحَقُّ بها الحضانةُ ، مَنَعَ منها مانِعٌ ، كَرِقٍّ ، أو كُفْرٍ ، أو فِسْقٍ[5] ، أو جُنُونٍ ، أو صِغَرٍ ، إذا زال المانعُ ، مثل أن عَتَقَ الرَّقِيقُ ، وأسْلَمَ الكافرُ ، وعَدَلَ الفاسقُ ، وعَقَلَ المجنونُ ، وبَلَغَ الصغيرُ ، عاد حَقُّهُم من الحضانةِ ؛ لأنَّ سَبَبَها قائمٌ ، وإنَّما امْتَنَعَتْ لمانعٍ ، فإذا زال المانعُ ، عاد الحقُّ بالسَّببِ السَّابقِ المُلازمِ ، كالزَّوْجةِ إذا طَلُقَتْ .

١٤٠٦ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ ، فَلِزَوْجِهَا أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ[1] رَضَاعِ وَلَدِهَا ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ، وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ)

وجملةُ ذلك أنَّ للزَّوجِ مَنْعَ امرأتِه من رَضاعِ ولَدِها من غيرِه ، ومن رَضاعِ ولَدِ غيرِها ، إلَّا أن يُضْطَرَّ إليها ؛ لأنَّ عَقْدَ النكاحِ يَقْتَضِى تَمَلُّكَ[2] الزَّوجِ الاسْتِمْتاعَ فى كلِّ الزَّمانِ ، من كلِّ الجهاتِ ، سِوَى أوْقاتِ الصَّلَواتِ ، والرَّضاعُ يُفَوِّتُ عليه الاسْتِمْتاعَ فى / بعضِ الأوْقاتِ ، فكان له المَنْعُ كالخُروجِ من مَنْزِلِه . فإن اضْطُرَّ الولدُ إليها[3] ، بأنْ لا تُوجَدَ مُرْضِعةٌ سِواها ، أو لا يَقْبَلُ الولدُ الارْتضاعَ من غيرِها ، وجَبَ التَّمْكِينُ من إرْضاعِه ؛ لأنَّها حالُ ضَرُورةٍ ، وحِفْظٌ لنَفْسِ ولَدِها ، فقُدِّمَ على حَقِّ الزَّوجِ ، كتَقْديمِ المُضْطَرِّ على المالِكِ إذا لم يكُنْ بالمالِكِ مثلُ ضَرُورَتِه .

٢٠٩/٨ ظ

فصل : فإن أرادتْ إرْضاعَ ولَدِها منه ، فكلامُ الْخِرَقِىِّ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛

---

(٣) فى الأصل : « فأشبه » .

(٤) فى ب : « قولهم » .

(٥) فى ا ، ب ، م : « فسوق » .

(١) سقط من : الأصل.

(٢) فى ا ، ب ، م : « تمليك » .

(٣) سقط من : ا ، ب ، م .

أحدهما ، أنَّ له مَنْعَها من رَضاعِه ؛ لعمومِ لَفْظِه . وهو قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه يُخِلُّ باسْتِمْتاعِه منها ، فأشْبَهَ ما لو كان الوَلَدُ من غيرِه . والثانى ، ليس له مَنْعُها ؛ فإنَّه قال : وإن أرادَتْ رَضاعَ ولَدِها بأُجْرَةِ مثلِها ، فهى أحَقُّ به من غيرِها ، سواءٌ كانتْ فى حِبَالِ الزَّوجِ أو مُطَلَّقَةً ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَٰلِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[4] . وهذا خَبَرٌ يُرَادُ به الأَمْرُ[5] ، وهو عامٌّ فى كلِّ والدةٍ ، ولا يَصِحُّ من أصْحابِ الشافعيِّ حَمْلُه على المُطَلَّقاتِ ؛ لأنَّه جَعَلَ لهُنَّ رِزْقَهُنَّ وكُسْوَتَهُنَّ ، وهم لا يُجيزُونَ جَعْلَ ذلك أجْرَ الرَّضاعِ ولا غيرَه . وقولُنا ، فى الوَجْهِ الأوَّلِ : إنَّه يُخِلُّ باسْتِمتاعِه . قُلْنا : ولكنْ لإيفاءِ حَقٍّ عليه ، وليس ذلك مُمْتَنِعًا ، كما أنَّ قَضاءَ دَيْنِه بدَفْعِ مالِه فيه واجبٌ ، سِيَّما إذا تعلَّقَ به حَقُّ الوَلَدِ ، فى كَوْنِه مع أُمِّهِ ، وحَقُّ[6] الأُمِّ فى الجَمْعِ[6] بينها[7] وبينَ ولَدِها . وهذا الوَجْهُ ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبى موسى ، والأوَّلُ[8] ظاهرُ كلامِ القاضِى أبى يَعْلَى .

فصل : وإن أجَرَتِ المرأةُ نَفْسَها للرَّضاعِ ، ثم تزوَّجَتْ ، صَحَّ النِّكاحُ ، ولم يَمْلِكِ الزَّوجُ فَسْخَ الإجارةِ ، ولا[9] مَنْعَها من الرَّضاعِ حتى تَنْقَضِيَ المُدَّةُ ؛ لأنَّ مَنافِعَها مُلِكَتْ بعَقْدٍ سابقٍ على نكاحِه ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى أمَةً مُسْتأْجَرَةً ، أو دارًا مَشْغُولةً . فإن نامَ الصَّبِىُّ ، أو اشْتَغَلَ بغيرِها ، فللزَّوْجِ الاسْتِمْتاعُ ، وليس لوَلِيِّ الصبىِّ مَنْعُه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالكٌ : ليس له وطْؤُها إلَّا برِضَى[10] الوَلِيِّ ؛ لأنَّ ذلك يَنْقُصُ اللَّبَنَ . ولَنا ، أنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ مُسْتَحَقٌّ بالعَقْدِ ، فلا يَسْقُطُ بأمْرٍ مَشْكُوكٍ فيه ، كما لو أذِنَ الوَلِىُّ

---

(4) سورة البقرة ٢٣٣ .

(5) فى ا ، ب ، م : « أمر » .

(6-6) فى الأصل : « الجميع » .

(7) فى النسخ : « بينهما » .

(8) فى ا ، ب ، م : « وهو » .

(9) فى م : « وله » .

(10) فى م : « برضاء » .

فيه ، ولأنَّه يجوزُ له الوَطْءُ مع إذْنِ الوَلِيِّ ، فجاز مع عَدَمِه ؛ لأنَّه ليس للوَلِيِّ الإذْنُ فيما يَضُرُّ الصَّبِىَّ ، ويُسْقِطُ حُقُوقَه .

فصل : وإن أجَرَتِ المرأةُ المُزَوَّجةُ نَفْسَها للرَّضاعِ ، بإذْنِ زَوْجِها ، جاز ، ولَزِمَ العَقْدُ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، ولا يَخْرُجُ عنهما . وإن أجَرَتْها بغير إذْنِ الزَّوْجِ ، لم يَصِحَّ ؛ لما يَتَضَمَّنُ من تَفْوِيتِ حَقِّ زَوْجِها . وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ / لأصحابِ الشافعيِّ . ٨/٢١٠و والآخرُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه تناوَلَ مَحَلًّا غيرَ مَحَلِّ النكاحِ ، لكنْ للزَّوجِ فَسْخُه ؛ لأنَّه يَفُوتُ به الاسْتِمتاعُ ويَخْتَلُّ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ يَفُوتُ به[11] حَقُّ مَنْ ثَبَتَ له الْحَقُّ بعَقْدٍ سابِقٍ ، فلم يَصِحَّ ، كإجَارَةِ المُسْتَأْجَرِ .

١٤٠٧ – مسألة ؛ قال : (وعَلَى الْأَبِ أنْ يَسْتَرْضِعَ لِوَلَدِهِ ، إلَّا أنْ تَشَاءَ الْأُمُّ أنْ تُرْضِعَهُ بِأُجْرَةِ مِثْلِهَا ، فَتَكُونَ أَحَقَّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ، سَوَاءٌ كَانَتْ فِي حِبَالِ الزَّوْجِ ، أوْ مُطَلَّقَةً)

الكلام فى هذه المسألة فى فَصْلين :

أولهما : أنَّ رَضاعَ الولَدِ على الأبِ وَحْدَه ، وليس له إجبارُ أُمِّه على رَضاعِه ، دَنِيئةً كانت أو شريفةً ، سواءٌ كانت فى حِبالِ الزَّوجِ أو مُطَلَّقةً . ولا نَعْلَمُ فى عَدَمِ إجْبارِها على ذلك إذا كانتْ مُفارِقَةً خلافًا ، فأمَّا إن كانتْ مع الزَّوجِ ، فكذلك عندَنا ، وبه يقولُ الثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وقال ابنُ أبى[1] لَيْلَى ، والحسنُ ابن صالحٍ : له إجْبارُها على رَضاعِه[2] . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ، وروايةٌ عن مالكٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَالْوَٰلِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾[3] .

---

(١١) سقط من : ا .

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « رضاعها » .

(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .

والمشْهورُ عن مالكٍ ، أنَّها إن كانت شَرِيفةً لم تَجْرِ عادةُ مثلِها بالرَّضاعِ لوَلَدِها ، لم تُجْبَرْ عليه ، وإن كانت ممَّن تُرْضِعُ فى العادةِ ، أُجْبِرَتْ عليه . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ﴾[4] . وإذا اخْتلَفا فقد تَعاسَرا ، ولأنَّ الإِجْبارَ على الرَّضاعِ لا يَخْلُو ، إمَّا أن يكونَ لحَقِّ الوَلَدِ ، أو لحقِّ الزَّوجِ ، أولهما ، لا يجوزُ أن يكونَ لحقِّ الزَّوجِ ، فإنَّه لا يَمْلِكُ إجْبارَها على رَضَاعِ ولَدِه من غيرِها ، ولا على خِدْمَتِه فيما يَخْتَصُّ به . ولا يجوزُ أن يكونَ لحقِّ الولَدِ ، لأنَّه[5] لو كان له ، للزِمَها بعدَ الفُرْقةِ ، ولأنَّه ممَّا يَلْزَمُ الوالدَ لولَدِه ، فلَزِمَ الأبَ على الخُصُوصِ ، كالنَّفقةِ ، أو كما بعدَ الفُرْقةِ . ولا يجوزُ أن يكونَ لهما ؛ لأنَّ ما لا مُناسبةَ فيه ، لا يَثْبُتُ الحكمُ بانْضِمامِ بعضِه إلى بعضٍ ، ولأنَّه لو كان لهما ، لَثَبَتَ الحكمُ به بعدَ الفُرْقةِ ، والآيةُ مَحْمُولةٌ على حالِ الإِنْفاقِ وعَدَمِ التَّعاسُرِ .

الفصل الثانى : أنَّ الأُمَّ إذا طَلَبَتْ إرْضاعَه بأَجْرِ مثلِها ، فهى أحَقُّ به ، سواءٌ كانت فى حالِ الزَّوْجِيَّةِ أو بعدَها ، وسواءٌ وَجَدَ الأبُ مُرْضِعةً مُتَبَرِّعةً[6] أو لم يَجِدْ . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : إنْ كانتْ فى حِبَالِ الزَّوجِ ، فلِزَوْجِها مَنْعُها من إرْضاعِه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ حَقَّ الاسْتِمْتاعِ / بها فى بعضِ الأحيانِ ، وإن اسْتَأْجَرَها على رَضاعِه ، لم يَجُزْ ؛ ٨/٢١٠ظ لأنَّ المَنافِعَ حَقٌّ له ، فلا يجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ منها ما هو أو بعضُه حَقٌّ له . وإن أرْضَعَتِ الولَدَ ، فهل لها أجْرُ المِثْلِ ؟ على وَجْهَيْن . وإن كانت مُطَلَّقةً ، فطَلَبَتْ أجْرَ المِثْلِ ، فأراد انْتِزَاعَه منها ليُسَلِّمَه إلى مَنْ تُرْضِعُه بأجْرِ المثلِ أو أكثرَ ، لم يكُنْ له ذلك ، وإن وَجَدَ مُتبرِّعةً ، أو مَنْ تُرْضِعُه بدُونِ أجْرِ المثلِ ، فله انْتِزاعُه منها ، فى ظاهرِ المذهبِ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه الْتِزامُ المُؤْنةِ مع دَفْعِ حاجةِ الوَلَدِ بدُونِها . وقال أبو حنيفةَ : إن طَلَبَتِ الأجْرَ ، لم يَلْزَمِ الأبَ [7]بَذْلُه لها[7] ، ولا يَسْقُطُ حَقُّها من الحضانةِ ، وتأْتِى المُرْضِعةُ تُرْضِعُه

---

(٤) سورة الطلاق ٦ .

(٥) فى م : « فإن ذلك » .

(٦) سقط من : ا .

(٧-٧) فى الأصل ، ا ، ب : « بذلها » . ويصح على أن يكون ما تقدم : « إن طلبت الأجرة » .

عندَها ؛ لأنَّه أمْكَنَ الجَمْعُ بين الحَقَّيْنِ ، فلم يَجُز الإخْلالُ بأحَدِهما . ولَنا ، على الأوَّلِ ، ما تقدَّمَ ، وعلى جوازِ الاسْتِئْجارِ ، أنَّه عَقْدُ إجَارةٍ يَجُوزُ مع[8] غيرِ الزَّوجِ إذا أُذِنَ فيه ، فجاز مع الزَّوجِ ، كإجَارةِ نفسِها للخِيَاطةِ أو الخِدْمةِ . وقولُهم : إنَّ المنافِعَ مملوكةٌ له . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّه لو مَلَكَ مَنْفعةَ الحضانةِ ، لَمَلَكَ إجْبارَها عليها ، ولم تَجُزْ إجارةُ نفسِها لغيرِه بإذْنِه ، ولكانتْ الأُجْرَةُ له ، وإنَّما امْتَنَعَتْ[9] إجارةُ نفسِها لأجْنَبِيٍّ بغيرِ إذْنِه ، لما فيه من تَفْويتِ الاسْتِمْتاعِ فى بعضِ الأوْقاتِ ، ولهذا جازَتْ بإذْنِه ، وإذا اسْتأجَرَها ، فقد أذِنَ لها فى إجارةِ نفسِها ، فصَحَّ ، كما يَصِحُّ من الأجْنَبِيِّ . وأمَّا الدليلُ على وُجُوبِ تَقْديمِ الأُمِّ ، إذا طَلَبَتْ أجْرَ مثلِها ، على المُتَبَرِّعةِ ، فقولُه تعالى : ﴿ وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ و كِسْوَتُهُنَّ بِـٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . وقولُه سبحانه : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[10] . ولأنَّ الأُمَّ أحْنَى وأشْفَقُ ، ولَبَنها أمْرأُ من لَبَنِ غيرِها ، فكانت أحَقَّ به من غيرِها ، كما لو طَلَبَتِ الأجْنَبِيَّةُ رَضاعَه بأجْرِ مثلِها ، ولأنَّ فى رَضاعِ غيرِها تَفْويتًا لحَقِّ الأُمِّ من الحضانةِ ، وإضْرارًا بالوَلَدِ ، ولا[11] يجوزُ تَفْويتُ حَقِّ الحضانةِ الواجبِ ، والإضْرارُ بالولدِ لغَرَضِ إسْقاطِ[12] حَقٍّ أوْجَبَه اللهُ تعالى على الأَبِ . وقولُ أبى حنيفةَ يُفْضِى إلى تَفْويتِ حَقِّ الولدِ من لَبَنِ أُمِّه ، وتَفْويتِ [حَقِّ] الأُمِّ فى إرْضاعِه لَبَنَها ، فلم يَجُزْ ذلك ، كما لو تَبَرَّعَتْ برَضاعِه . فأمَّا إن طَلَبَتِ الأُمُّ أكثرَ من أجْرِ مثلِها ، ووَجَدَ الأَبُ مَنْ تُرْضِعُه بأجْرِ مثلِها ، أو مُتَبَرِّعةً ، جاز انْتِزاعُه منها ؛ لأنَّها أسْقَطَتْ حَقَّها باشْتِطاطِها ، / وطَلَبِها ما ليس لها ، فدَخَلَتْ فى عُمُومِ قوله : ﴿ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ . وإن لم يَجِدْ

٢١١/٨و

(٨) فى م : « من » .
(٩) فى الأصل ، ب : « امتنع » .
(١٠) سورة الطلاق ٦ .
(١١) سقطت الواو من : ا ، م .
(١٢) سقط من : الأصل .

مُرْضِعَةً[١٣] إلَّا بمثلِ تلك الأُجْرةِ ، فالأُمُّ أحَقُّ ؛ لأنَّهما تساوَتا فى الأَجْرِ ، فكانت الأُمُّ أحَقَّ ، كما لو طَلَبَتْ كلٌّ واحدةٍ منهما أجْرَ مِثْلِها .

فصل : وإن طَلَبَتْ ذاتُ الزَّوجِ الأجْنَبِىِّ إرْضاعَ ولَدِها ، بأُجْرَةِ مثلِها ، بإِذْنِ زَوْجِها ، ثَبَتَ حَقُّها ، وكانتْ أحَقَّ به من غيرِها ؛ لأنَّ الأُمَّ إنَّما مُنِعَتْ من الإرْضاعِ لحَقِّ الزوجِ ، فإذا أذِنَ فيه ، زال المانِعُ ، فصارَتْ كغيرِ ذاتِ الزَّوجِ ، وإن مَنَعَها الزَّوجُ ، سَقَطَ حَقُّها ؛ لتَعَذُّرِ وُصُولِها إلى ذلك .

فصل : وإن أرْضَعَتِ المرأةُ ولَدَها ، وهى فى حِبالِ والِدِه ، فاحتاجَتْ إلى زيادةِ نفقةٍ ، لَزِمَه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[١٤] . ولأنَّها تَسْتَحِقُّ عليه قَدْرَ كِفَايَتِها ، فإذا زادتْ حاجَتُها ، زادتْ كِفَايَتُها . واللهُ أعلمُ .

---

(١٣) فى ب : « من يرضعه » .

(١٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

باب نَفقةِ المَماليكِ

١٤٠٨ – مسألة؛ قال أبو القاسم: (وعَلَى مُلَّاكِ الْمَمْلُوكِينَ أنْ يُنفِقُوا عَلَيْهِمْ ويَكْسُوهُمْ بالْمَعْرُوفِ)

وجملةُ ذلك أنَّ نَفقةَ المَمْلُوكِينَ على مُلّاكِهم ثابتةٌ بالسُّنَّةِ والإجْماعِ؛ أمَّا السُّنَّةُ، فما رَوَى أبُو ذَرٍّ، عن النَّبِيِّ ﷺ، أنَّه قال: « إخْوانُكُمْ خَوَلُكُمْ، جَعَلَهُم اللهُ تَحْتَ أيْدِيكُمْ، فمَنْ كانَ[1] أخُوهُ تَحْتَ يَدِهِ، فَلْيُطْعِمْه مِمَّا يَأْكُلُ، وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ، وَلَا تُكَلِّفُوهُمْ مَا يَغْلِبُهُمْ، فإنْ كَلَّفْتُمُوهُمْ فَأَعِينُوهُمْ عَلَيْهِ[2] ». مُتَّفَقٌ عليه[3]. ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قال: « لِلْمَمْلُوكِ طَعامُهُ وكُسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ العَمَلِ مَا لَا يُطِيقُ ». رواه الشَّافعيُّ، فى « مُسْنَدِه »[4]. وأجْمعَ العلماءُ على

---

(١) فى الأصل زيادة: « له ».

(٢) سقط من: م.

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب المعاصى من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك، من كتاب الإيمان. وفى: باب قول النبى ﷺ: « العبيد إخوانكم فأطعموهم مما تأكلون »، من كتاب العتق. وفى: باب ما ينهى من السباب واللعن، من كتاب الأدب. صحيح البخارى ١/١٤، ٣/١٩٥، ٨/١٩. ومسلم، فى: باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه، من كتاب الأيمان. صحيح مسلم ٣/١٢٨٣، ١٢٨٢.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى حق المملوك، من كتاب الأدب. سنن أبى داود ٢/٦٣٢. والترمذى، فى: باب ما جاء فى الإحسان إلى الخدم، من أبواب البر والصلة. عارضة الأحوذى ٨/١٢٦. وابن ماجه، فى: باب الإحسان إلى المماليك، من كتاب الأدب. سنن ابن ماجه ٢/١٢١٦، ١٢١٧. والإمام أحمد، فى: المسند ٥/١٦١.

(٤) انظر: الباب الأول فيما جاء فى العتق وحق المملوك، من كتاب العتق. ترتيب المسند ٢/٦٦.

كما أخرجه مسلم، فى: باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه، من كتاب الأيمان. صحيح مسلم ٣/١٢٨٤. والإمام مالك، فى: باب الأمر بالرفق بالمملوك، من كتاب الاستئذان. الموطأ ٢/٩٨٠. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/٢٤٧، ٣٤٢.

وُجُوبِ نَفقةِ المَمْلُوكِ على سَيِّده ، ولأنّه لابُدَّ له من نَفقةٍ ، ومَنافِعُه لسَيِّده ، وهو أخَصُّ النّاسِ به ، فوَجَبَتْ نفقتُه عليه ، كبَهِيمَتِه . والواجبُ من ذلك قَدْرُ كِفايَتِه مِن غالِبِ قُوتِ البَلدِ ، سواءٌ كان قُوتَ سَيِّده ، أو دُونَه ، أو فَوْقَه ، وأُدْمِ مِثْلِه بالمَعْرُوفِ ؛ لقولِه ﷺ : « لِلْمَمْلُوكِ طَعامُه وكُسْوَتُه بالْمَعْرُوفِ » . والمُسْتَحَبُّ أن يُطْعِمَه من جِنْسِ طَعامِه ؛ لقوله : « فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ » . فجمَعْنا بين الخَبَرَيْنِ ، وحَمَلْنا خبرَ أبى هُرَيْرةَ على الإِجْزاءِ ، وحديثَ[5] أبى ذَرٍّ على الاسْتِحْبابِ . / والسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بينَ أن يَجْعَلَ نفقَتَه من كَسْبِه ، إن كان له كَسْبٌ ، وبينَ أن يُنْفِقَ عليه من مالِه ويَأْخُذَ كَسْبَه ، أو يَجْعَلَه برَسْمِ خِدْمَتِه ؛ لأنَّ الكُلَّ مالُه ، فإن جَعَلَ نفقَتَه فى كَسْبِه ، فكانتْ وَفْقَ الكَسْبِ ، صَرَفَه إليها ، وإن فَضَلَ من الكَسْبِ شىءٌ ، فهو لسيِّده ، وإن كان فيه عَوَزٌ ، فعلى سَيِّده تَمامُها . وأمَّا الكُسْوةُ فبالمَعْرُوفِ من غالبِ الكُسْوةِ لأمثالِ العَبْدِ ، فى ذلك البلدِ الذى هو به ، والأَوْلَى أن يُلْبِسَه من لِباسِه ؛ لقولِه عليه السلامُ : « ولْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ » . ويُسْتَحَبُّ أن يُساوِىَ بين عَبِيدِه الذُّكورِ فى الكُسْوةِ والإِطعامِ ، وبينَ إمائِه إن كُنَّ للخِدْمةِ أو الاسْتِمْتاعِ ، وإن كان فيهنَّ مَنْ هو للخِدْمةِ ، وفيهنَّ مَنْ هو للاسْتِمْتاعِ ، فلا بأسَ بزيادةِ من يُرِيدُها للاسْتِمْتاعِ [6] فى الكُسْوةِ ؛ لأنَّ ذلك حُكْمُ العُرْفِ ، ولأنَّ غَرَضَه تَجْمِيلُ مَنْ يُرِيدُها للاسْتِمْتاعِ [6] ، بخِلافِ الخادِمَةِ[7] .

٢١١/٨ ظ

فصل : إذا تَوَلَّى أحَدُهم طَعامَه ، استُحِبَّ له أن يُجْلِسَه معه ، فيأكُلَ ، فإن لم يَفْعَلْ ، استُحِبَّ أن يُطعِمَه منه ، ولو لُقْمةً أو لُقْمَتَيْنِ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « إذا كَفَى أحَدَكُمْ خَادِمُه طَعامَه[7] ، حَرَّهُ ودُخَانَه ، فَلْيَدْعُه ، ولْيُجْلِسْهُ مَعَه[8] ،

---

(٥) فى ا ، ب ، م زيادة : « خبر » .

(٦ – ٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : م .

فإنْ أبى ، فَلْيُرَوِّ غْ لَهُ اللُّقْمَةَ وَاللُّقْمَتَيْنِ » . رواه البُخارِيُّ[٩] . ومعنى تَرْوِيغ اللُّقمـةِ ، غَمْسُها فى المَرَقِ والدَّسمِ ، وتَرْوِيَتُها بذلك ، ويَدْفعُها[١٠] إليه . ولأنَّه يَشْتَهيه لحُضُورِه فيه ، وتَوَلِّيه إيَّاه ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَامَىٰ وَٱلْمَسَاكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ ﴾[١١] . الآية[١٢] ، ولأنَّ نَفْسَ الحاضرِ تَتُوقُ ما لا تَتُوقُ نفسُ الغائِبِ .

فصل : ولا[١٣] يجوزُ أن[١٣] يُكَلِّفَه من العَمَلِ ما لا يُطِيقُ ، وهو ما يَشُقُّ عليه ، ويَقْرُبُ من العَجْزِ عنه ؛ لحديثِ أبى ذَرٍّ ، ولأنَّ ذلك يَضُرُّ به ويُؤْذِيه ، وهو مَمْنوعٌ من الإضْرارِ به .

فصل : ولا يُجْبَرُ المملوكُ على المُخارَجةِ ، ومعناه أن يَضْرِبَ عليه خَرَاجًا مَعْلُومًا يُؤَدِّيه ، وما فَضَلَ للعَبْدِ ؛ لأنَّ ذلك عَقْدٌ بينهما ، فلا يُجْبَرُ عليه ، كالكِتابةِ . وإن طَلَبَ العبدُ ذلك ، وأباهُ السَّيِّدُ[١٤] ، لم يُجْبَرْ عليه أيضا ؛ [١٥] لما ذكَرْنا[١٥] . فإن اتَّفَقَا على ذلك ،

---

(٩) فى : باب الأكل مع الخادم ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخارى ١٠٦/٧ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى الخادم يأكل مع المولى ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٣٢٨/٢ ، ٣٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الأكل مع المملوك والعيال ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٤٤/٨ . وابن ماجه ، فى : باب إذا أتاه خادمه بطعامه فليناوله منه ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ١٠٩٤/٢ . والدارمى ، فى : باب فى إكرام الخادم عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ١٠٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٥٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٤٠٦ ، ٤٠٩ ، ٤٣٠ ، ٤٦٤ ، ٤٧٣ . وعزاه السيوطى إلى ابن عساكر فى : جمع الجوامع ٨٦/١ .

وأقرب الألفاظ إلى ما أورده ابن قدامة ما جاء فى المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٩٩ ، وجمع الجوامع .

(١٠) فى ب : « ودفعها » .

(١١) سورة النساء ٨ .

(١٢) سقط من : الأصل ، ا .

(١٣-١٣) سقط من : ا ، م .

(١٤) سقط من : ا ، م .

(١٥-١٥) سقط من : ب ، م .

جاز ؛ لما رُوِىَ أنَّ أبا طَيْبَةَ حَجَمَ النَّبىَّ ﷺ ، فأعْطاه أجْرَهُ ، وأمَرَ مَوَالِيه أن يُخَفِّفُوا عنه مِن خَراجِه[16] . وكان كثيرٌ من الصَّحابةِ يَضْرِبُونَ على رَقِيقِهِم خَرَاجًا ، فرُوِىَ أنَّ الزُّبَيْرَ / كان له أَلْفُ مملوكٍ ، على كلِّ واحدٍ منهم كلَّ يومٍ دِرْهَمٌ[17] . وجاء أبو لُؤْلُؤَةَ أميرَ المؤمنين عمرَ بن الخطَّابِ ، فسأله أن يَسْأَلَ المُغِيرَةَ بن شُعْبَةَ يُخَفِّفُ عنه من خَرَاجِه[18] . ثم يَنْتَظِرُ ، فإن كان ذا كَسْبٍ ، فجَعَل[19] عليه بقَدْرِ ما يَفْضُلُ من كَسْبِه عن نفقَتِه وخَراجِه شىءٌ ، جاز ، فإنَّ لهما به نَفْعًا ، فإنَّ العَبْدَ يَحْرِصُ على الكَسْبِ ، ورُبَّما فَضَلَ معه شىءٌ يزِيدُه فى نفقَتِه ، ويتَّسِعُ به . وإن وضَعَ عليه أكثرَ من كَسْبِه بعدَ نفقَتِه ، لم يَجُزْ . وكذلك إن كَلَّفَ مَنْ لا كَسْبَ له[20] المُخارَجةَ ، لم يَجُزْ ؛ لما رُوِىَ عن عثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا تُكَلِّفُوا الصَّغيرَ الكَسْبَ ، فإنَّكم متى كَلَّفْتُمُوه[21] الكَسْبَ سَرَقَ ، ولا تُكَلِّفُوا المرأةَ غيرَ ذاتِ الصَّنْعةِ الكَسْبَ ، فإنَّكم متى كَلَّفْتُمُوها الكَسْبَ كَسَبَتْ بفَرْجِها[22] . ولأنَّه متى كَلَّفَ غيرَ ذى الكَسْبِ خراجًا ، كَلَّفَه ما يَغْلِبُه ، وقد قال النَّبىُّ ﷺ : « لَا تُكَلِّفُوهُم مَا يَغْلِبُهم » . ورُبَّما حَمَلَه ذلك على أن يَأْتِىَ به من غيرِ وَجْهِه ، فلم يَكُنْ للسَّيِّدِ أخْذُه .

٨/٢١٢و

فصل : وإذا مَرِضَ المملوكُ ، أو زَمِنَ ، أو عَمِىَ ، أو انْقَطَعَ كَسْبُه ، فعلى سَيِّدِه القِيامُ به ، والإنفاقُ عليه ؛ لأنَّ نفقَتَه تجبُ بالمِلْكِ ، ولهذا تجبُ مع الصِّغَرِ ، والمِلْكُ باقٍ

---

(١٦) تقدم تخريجه ، فى : ١٣٢/٨ .

(١٧) انظر : حلية الأولياء ٩٠/١ .

(١٨) انظر : الطبقات الكبرى ، لابن سعد ٣٤٥/٣ ، ٣٤٧ .

(١٩) فى ب ، م : « فيجعل » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) فى م : « تكلفوه » .

(٢٢) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٨١/٢ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن كسب الأمة إذا لم تكن فى عمل واصب ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٩/٨ .

مع العَمَى والزَّمَانةِ ، فتَجِبُ نفقَتُه معهما[٢٣] ، مع عمومِ النُّصُوصِ المذكورةِ فى أوَّلِ الباب .

١٤٠٩ – مسألة ؛ قال : (**وأنْ يُزَوِّجَ الْمَمْلُوكَ إذَا احْتَاجَ إلَى ذٰلِكَ**)

وجملةُ ذلك أنَّه يَجِبُ على السَّيِّدِ إعْفافُ مَمْلُوكِه، إذا طَلَبَ ذلك . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : لا يُجْبَرُ عليه ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا عليه ، وليس ممَّا تَقُومُ به البِنْيَةُ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كإطْعامِ الحَلْواء . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾[١] . والأمْرُ يَقْتَضِى الوُجُوبَ ، ولا يَجِبُ إلَّا عند الطَّلَبِ . ورَوَى[٢] عِكْرِمةُ ، عن ابنِ عباسٍ ، قال : مَنْ كانت له جارِيةٌ ، فلم يُزَوِّجْها ، ولم يُصِبْها ، أو عَبْدٌ فلم يُزَوِّجْهُ ، فما صَنَعَا مِن شىءٍ كان على السَّيِّدِ . ولولا وُجُوبُ إعْفافِهما لَما لَحِقَ السَّيِّدَ الإثْمُ بفِعْلِهما ، ولأنَّه مُكَلَّفٌ ، مَحْجُورٌ عليه ، دَعَا إلى تَزْوِيجِه ، فلَزِمَتْه إجَابَتُه ، كالمَحْجُورِ عليه / للسَّفَهِ ، ولأنَّ النِّكاحَ ممَّا تَدْعُو إليه الحاجةُ غالبًا ، ويتَضَرَّرُ[٣] بفَواتِه ، فأُجْبِرَ عليه ، كالنَّفقةِ ، بخِلافِ الحَلْواء . إذا ثَبَتَ هذا ، فالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بين تَزْوِيجِه ، أو تَمْلِيكِه أمَةً يتَسَرَّاها . وله أن يُزَوِّجَه [٤]أمَتَهُ ؛ لأنَّ نكاحَ الأمةِ مُباحٌ للعَبْدِ من غيرِ شَرْطٍ . ولا يجبُ عليه تَزْوِيجُه إلَّا[٤] عندَ طَلَبِه ؛ لأنَّ هذا ممَّا يَخْتَلِفُ الناسُ فيه ، وفى الحاجةِ إليه ، ولا تُعْلَمُ حاجَتُه إلَّا بطَلَبِه . ولا يجوزُ تَزْوِيجُه إلَّا باخْتِيارِه ، فإنَّ إجْبارَ العَبْدِ الكبيرِ على النِّكاحِ غيرُ جائزٍ . فأمَّا الأمةُ ، فالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بين تَزْوِيجِها إذا طَلَبَتْ ذلك ، وبينَ أن يَسْتَمْتِعَ بها ، فيُغْنِيَها باسْتِمْتاعِه عن غيرِه ؛ لأنَّ المَقْصودَ قَضاءُ الحاجةِ ، وإزالةُ ضَرَرِ الشَّهْوةِ ، وذلك يَحْصُلُ بأحَدِهما ، فلم يتَعَيَّنْ أحَدُهُما .

٢١٢/٨ ظ

---

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) فى ا ، ب ، م زيادة : « عن » .

(٣) فى ب : « أو يتضرر » .

(٤ – ٤) سقط من : م .

١٤١٠ - مسألة ؛ قال : (**فَإِنِ امْتَنَعَ ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ إِذَا طَلَبَ الْمَمْلُوكُ ذٰلِكَ**)

وجملتُه أنَّ السَّيِّدَ إذا امْتَنَعَ ممَّا يَجِبُ للعَبْدِ عليه ، من نَفَقةٍ أو كُسْوَةٍ أو تَزْوِيجٍ ، فطَلَبَ العبدُ البَيْعَ ، أُجْبِرَ سَيِّدُه عليه ، (١ سَواءٌ كان امْتِناعُ(٢) السَّيِّدِ من ذلك لعَجْزِه عنه أو مع قُدْرَتِه عليه ١) ؛ لأنَّ بقاءَ مِلْكِه عليه مع الإِخْلالِ(٣) بِسَدِّ خَلَّاتِه إضرارٌ به ، وإزالةُ الضَّرَرِ(٤) واجِبةٌ ، فوَجَبَتْ(٥) إزالَتُه ، ولذلك أبَحْنَا للمرأةِ فَسْخَ النكاحِ عندَ عَجْزِ زَوْجِها عن الإِنْفاقِ عليها . وقد رُوِىَ فى بعضِ الحديثِ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « عَبْدُكَ يَقُولُ : أَطْعِمْنِى وإلَّا فَبِعْنِى . وامْرَأَتُكَ تَقُولُ : أَطْعِمْنِى أَوْ طَلِّقْنِى »(٦) . وهذا يَدُلُّ بمَفْهُومِه على أنَّ السَّيِّدَ متى وَفَّى بحُقُوقِ عَبْدِه ، فطَلَبَ العبدُ بَيْعَه ، لم يُجْبَرِ السَّيِّدُ عليه . وقد نَصَّ عليه أحمدُ ، قال أبو داودَ : قِيلَ لأبى عبدِ الله ، رَحِمَه الله : اسْتَباعَتِ المَمْلُوكةُ ، وهو يَكْسُوها ممَّا يَلْبَسُ ، ويُطْعِمُها مما يَأْكُلُ . قال : لا تُباعُ ، وإن أَكْثَرَتْ من ذلك ، إلَّا أن تحْتاجَ إلى زَوْجٍ ، فتقولَ : زَوِّجْنِى . وقال عَطاءٌ ، وإسْحاقُ ، فى العبدِ يُحْسِنُ إليه سَيِّدُه ، وهو يَسْتَبِيعُ : لا يَبِعْه ؛ لأنَّ المِلْكَ للسَّيِّدِ ، والحَقَّ له ، فلا يُجْبَرُ على إزالَتِه من غيرِ ضَرَرٍ(٧) بالعَبْدِ ، كما لا يُجْبَرُ على طَلَاقِ زَوْجَتِه مع القِيامِ بما يَجِبُ لها / ، ولا على بَيْعِ بَهِيمَتِه مع الإِنْفاقِ عليها .

٢١٣/٨ و

١٤١١ - مسألة ؛ قال : (**وَلَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَةُ مُكَاتَبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ**)

لا خِلافَ فى أنَّ المُكاتَبَ لا تَلْزَمُ سَيِّدَه نفقَتُه ؛ لأنَّ الكِتابةَ عَقْدٌ أَوْجَبَ مِلْكَ

(١ - ١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : « الضر » .

(٥) فى الأصل ، ب : « فوجب » .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ٧/ ٨١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٥٢ ، ٥٢٤ ، ٥٢٧ .

(٧) فى م : « ضر » .

المُكاتَبِ إكْسابَ نَفْسِه ومَنافِعِه ، ومَنَعَ السَّيِّدَ من التَّصرُّفِ فيهما ، فلا يَمْلِكُ اسْتِخْدامَه ، ولا إجارَتَه ، ولا إعارَتَه ، ولا أخْذَ كَسْبِه ، ولا أرْشَ الجنايةِ عليه ، ولا يَلْزَمُه أداءُ أرْشِ جنايَتِه ، فسَقَطَتْ نفقتُه عنه ، كما لو باعَه أو أعْتَقَه ، فإذا عَجَز ، عادَ رَقِيقًا قِنًّا ، وعاد إليه مِلْكُ نَفْعِه[1] ، وأكْسابُه ، فعادت عليه نفقتُه ، كما لو اشْتَراه بعد بَيْعِه .

١٤١٢ – مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لَهُ أنْ يَسْتَرْضِعَ الْأَمَةَ لِغَيْرِ وَلَدِهَا ، إلَّا أنْ يَكُونَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيِّهِ)

أمَّا إذا أراد اسْتِرْضاعَ أَمَتِه لغيرِ ولَدِها ، مع كَوْنِه لا يَفْضُلُ عنه ، فليس له ذلك ؛ لأنَّ فيه إضْرارًا بولَدِها ؛ لِنَقْصِه من كِفايَتِه ، وصَرْفِ اللَّبَنِ المَخْلُوقِ لوَلَدِها إلى غيرِه ، مع حاجَتِه إليه ، فلم يَجُزْ ، كما لو أراد أن يَنْقُصَ الكَبِيرَ من كِفايَتِه ومُؤْنَتِه . فإن كان فيها فَضْلٌ عن رِيِّ ولَدِها ، جازَ ؛ لأنَّه مَلَكَه ، وقد اسْتَغْنَى عنه الوَلَدُ ، فكان له اسْتِيفاؤُه ، كالفاضِلِ من كَسْبِها عن مُؤْنَتِها ، أو كما[1] لو مات ولَدُها ، وبَقِىَ لَبَنُها .

١٤١٣ – مسألة[1] ؛ قال : (وإذا رُهِنَ المَمْلُوكُ ، أنْفَقَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ)

وذلك لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِه ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعَلَيْهِ غُرْمُهُ »[2] . ونَفَقَتُه مِنْ غُرْمِه . ولأنَّه مِلْكٌ للرَّاهِنِ[3] ، ونَماؤُه له ، فكانتْ عليه نفقَتُه ، كغيرِ الرَّهْنِ . وقد ذكرتُ هذه المسألة فى باب الرَّهْنِ[4] .

١٤١٤ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا أَبَقَ الْعَبْدُ ، فَلِمَنْ جَاءَ بِهِ إلَى سَيِّدِهِ مَا أنْفَقَ عَلَيْهِ)

---

(١) فى الأصل : « نفسه » .

(١) فى ب ، م : « وكما » .

(١) سقطت هذه المسألة من : ب .

(٢) تقدم تخريجه ، فى : ٦/٥١١ .

(٣) فى م : « الراهن » .

(٤) تقدم فى : ٦/٥١٠ ، ٥١١ .

إنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ نفقةَ العَبْدِ على سَيِّده ، وقد قام الذى جاء به مَقامَ سَيِّده فى أداءِ[1] الواجِبِ عليه ، فرَجَعَ به عليه ، كما لو أَذِنَ له . وقال الشافعىُّ : لا يَرْجِعُ بشىءٍ ؛ لأنَّه مُتَبَرِّعٌ بإنفاقٍ لم يَجِبْ عليه . ولَنا ، / أنَّه أدَّى عنه ما وَجَبَ عليه عندَ تَعَذُّرِ أدائِه منه ، فرَجَعَ به عليه ، كما لو أدَّى الحاكمُ عن المُمْتَنِعِ من الإنْفاقِ على امرأتِه ما يَجِبُ عليه من النَّفقةِ . ويَتخرَّجُ أن لا يَرْجِعَ بشىءٍ ، بناءً على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، فى مَن أنْفَقَ على الرَّهْنِ الذى عندَه ، أو الوَدِيعةِ ، أو الجِمالِ إذا هَرَبَ الجَمَّالُ وتَرَكَها مع المُسْتأْجِرِ .

٨/٢١٣ظ

فصل : وله تأْدِيبُ عَبْدِه وأَمَتِه إذا أَذْنَبا ، بالتَّوْبِيخ ، والضَّرْبِ الخفيفِ ، كما يُؤَدِّبُ وَلَدَه ، وامرأتَه فى النُّشُوزِ ، وليس له ضَرْبُه على غيرِ ذَنْبٍ ، ولا ضَرْبُه ضَرْبًا مُبرِّحًا وإن أَذْنَبَ ، ولا لَطْمُه فى وَجْهِه ، وقد رُوِىَ عن ابن مُقَرِّنٍ الْمُزَنِىِّ ، قال : لقَدْ رَأَيْتُنِى سابعَ سَبْعةٍ ، ليس لنا إلَّا خادِمٌ واحدٌ ، فلَطَمَها أحَدُنا ، فأَمَرَنا رسولُ الله ﷺ بإعْتاقِها ، فأَعْتَقْناها[2] . ورُوِىَ عن أبى مَسْعودٍ ، قال : كنتُ أضْرِبُ غُلَامًا لى ، فإذا رَجُلٌ من خَلْفِى يقول : « اعْلَمْ أبا مَسْعُودٍ ، اعْلَمْ أبا مَسْعُودٍ » . فالْتَفَتُّ ، فإذا النَّبىُّ ﷺ يقول : « اعْلَمْ أبا مَسْعُودٍ ، أنَّ اللهَ أَقْدَرُ عَلَيْكَ مِنْكَ عَلَى هٰذَا الغُلَامِ »[3] .

فصل : ومَنْ مَلَكَ بَهِيمةً ، لَزِمَه القيامُ بها ، والإنْفاقُ عليها ما تحتاجُ إليه ، من عَلَفِها ، أو إقامةِ مَنْ يَرْعاها ؛ لما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « عُذِّبَتِ امْرَأَةٌ فِى هِرَّةٍ حَبَسَتْهَا ، حَتَّى ماتَتْ جُوعًا ، فَلَا هِىَ أَطْعَمَتْها ، ولا هِىَ[4] أَرْسَلَتْها تأْكُلُ مِنْ

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب صحبة المماليك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٣٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يلطم خادمه ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٧/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٤٧/٣ ، ٤٤٤/٥ .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب صحبة المماليك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الأيمان صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ ، ١٢٨١ . وأبو داود ، فى : باب فى حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٣٣/٢ . والترمذى ، فى : باب النهى عن ضرب الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٢٩/٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٢٠/٤ .

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

خَشَاشِ الْأَرْضِ »[٥] . مُتَّفَقٌ عليه[٦] . فإن امْتَنَعَ من الإنْفاقِ عليها ، أُجْبِرَ على ذلك ، فإن أَبَى أو عَجَزَ ، أُجْبِرَ على بَيْعِها ، أو ذَبْحِها إن كانتْ ممَّا يُذْبَحُ . وقال أبو حنيفةَ : لا يُجْبِرُه السُّلْطانُ ، بل يَأْمُرُه[٧] ، كما يأمرُه بالمَعْرُوفِ ، ويَنْهاهُ عن المُنْكَرِ ؛ لأنَّ البَهيمةَ لا يَثْبُتُ لها حَقٌّ من جهةِ الحُكْمِ ، ألا تَرَى أنَّه لا تَصِحُّ منها الخُصومةُ ، ولا يُنْصَبُ عنها[٨] خَصْمٌ ، فصارتْ كالزَّرْعِ والشَّجَرِ . ولَنا ، أنَّها نَفَقةُ حَيوانٍ واجبةٌ عليه ، فكان للسُّلطانِ إجبارُه عليها ، كنَفقةِ العَبيدِ ، ويُفارِقُ نَفقةَ الشَّجَرِ والزَّرْعِ ، فإنَّها لا تَجِبُ . فإن عَجَزَ عن الإنْفاقِ ، وامْتنعَ من البَيْعِ ، بيعَتْ عليه ، كما يُباعُ العَبْدُ إذا طَلَبَ البَيْعَ / عندَ إعْسارِ سَيِّدِه بنَفَقَتِه ، وكما نَفْسَخُ[٩] نِكَاحَه إذا أعْسَرَ بنَفقةِ امْرأتِه . وإن عَطِبَتِ البَهيمةُ فلم يَنْتَفِعْ بها ، فإن كانت ممَّا يُؤْكَلُ ، خُيِّرَ بين ذَبْحِها والإنْفاقِ عليها ، وإن كانتْ ممَّا لا يُؤْكَلُ ، أُجْبِرَ على الإنْفاقِ عليها ، كالعَبْدِ الزَّمِنِ ، على ما ذكَرْناه فيما مضَى . ولا يجوزُ أن يُحَمِّلَ البَهيمةَ ما لا تُطِيقُ ؛ لأنَّها فى معنى العَبْدِ ، وقد مَنَعَ النَّبيُّ ﷺ تَكْليفَ العَبْدِ ما لَا يُطِيقُ[١٠] . ولأنَّ فيه تَعْذيبًا للحيوانِ الذى له حُرْمةٌ فى نَفْسِه ، وإضرارًا به ، وذلك غيرُ جائزٍ . ولا يَحْلِبُ من لَبَنِها إلَّا ما يَفْضُلُ عن كِفَايةِ وَلَدِها ؛ لأنَّ كِفَايَتَه واجبةٌ على مالِكِه ، ولَبَنُ أُمِّه مَخْلُوقٌ له ، فأشْبَهَ وَلَدَ الأَمَةِ .

٢١٤/٨ و

---

(٥) خشاش الأرض : هوامها وحشراتها .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخارى ٤/٢١٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم تعذيب الهرة ونحوها من الحيوان الذى لا يؤذى ، من كتاب البر والصلة والآداب . صحيح مسلم ٤/٢٠٢٢ ، ٢٠٢٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٥٩ ، ١٨٨ .

(٧) فى ب ، م زيادة : « به » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « عليها » .

(٩) فى م : « يفسخ » .

(١٠) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٣٤ .

/ كتاب الجِرَاح

يعنى كتابَ الجِناياتِ ، وإنما عَبَّر عنها بالجراحِ لغَلَبةِ وُقُوعِها به ، والجِنايةُ : كلُّ فِعْلٍ عُدْوانٍ على نَفْسٍ أو مالٍ . لكنَّها فى العُرْفِ مَخْصوصةٌ بما يَحْصُلُ فيه التَّعَدِّى على الأبدانِ ، وسَمَّوُا الجِناياتِ على الأموالِ غَصْبًا ، ونَهْبًا ، وسَرِقةً ، وخِيَانةً ، وإتْلافًا .

فصل : وأجمعَ المسلمونَ على تَحْرِيمِ القَتْلِ بغيرِ حقٍّ ، والأصلُ فيه الكتابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَـٰنًا ﴾[١] . وقال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ﴾[٢] . وقال : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ ﴾[٣] . الآية . وأمَّا السُّنَّةُ ، فروَى عبدُ اللهِ بن مسعودٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، يَشْهَدُ أنْ لَا إلَـٰهَ إلَّا اللهُ ، وأنِّى رَسُولُ اللهِ ، إلَّا بإحْدَى ثَلَاثٍ ؛ الثَّيِّبُ الزَّانِى ، والنَّفْسُ بالنَّفْسِ ، والتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَماعَةِ » . مُتَّفَقٌ عليه[٤] . وروَى عثمانُ ، وعائشةُ ، عن النَّبِىِّ ﷺ مثلَه ، فى آيٍ وأخبارٍ سِوَى هذه كثيرةٍ[٥] . ولا خلافَ بينَ الأُمَّةِ فى تَحْرِيمِه ، فإنْ فَعَلَه إنسانٌ مُتعمِّدًا ، فَسَقَ ، وأَمْرُه إلى اللهِ ، إن شاءَ عَذَّبَه ، وإن شاءَ غَفَرَ له ، وتَوْبَتُه مَقْبولةٌ فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال ابنُ عباسٍ : إنَّ تَوْبَتَه لا تُقْبَلُ[٦] . للآيةِ التى ذكَرْناها ، وهى من آخِرِ ما نَزَلَ . قال ابنُ عباسٍ : ولم يَنْسَخْها شىءٌ[٦] .

---

(١) سورة الإسراء ٣٣ .

(٢) سورة النساء ٩٢ .

(٣) سورة النساء ٩٣ .

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ٣٥٢/٣ .

(٥) فى الأصل : « كثير » .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب : ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى=

ولأنَّ لَفظَ الآيةِ لفظُ الخَبَرِ ، والأخبارُ لا[7] يَدْخُلُها نَسْخٌ ولا تغييرٌ ؛ لأنَّ خبرَ الله تعالى لا يكونُ إلَّا صِدْقًا . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ لِمَن يَشَآءُ ﴾[8] . فجعَله داخلا فى المَشيئةِ . وقال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَغْفِرُ ٱلذُّنُوبَ جَمِيعًا ﴾[9] . وفى الحديثِ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، قال : « إنَّ رَجُلًا قَتَـلَ مِائَـةَ رَجُـلٍ ظُلْمًا ، ثُمَّ سَأَلَ : هَلْ له مِنْ تَوْبةٍ ؟ فَدُلَّ عَلَى عَالِمٍ ، فَسَأَلَهُ ، فَقَالَ : وَمَنْ يَحُولُ بَيْنَكَ وَبَيْنَ التَّوْبَةِ ، ولٰكِنِ اخْرُجْ مِنْ قَرْيَةِ السَّوْءِ ، إلَى الْقَرْيَةِ الصَّالِحَةِ ، فَاعْبُدِ اللهَ فِيهَا . فخَرَجَ تَائِبًا ، فأَدْرَكَهُ الْمَوْتُ فِى الطَّرِيقِ ، فَاخْتَصَمَتْ فِيهِ مَلَائِكَةُ الرَّحْمَةِ وَمَلَائِكَةُ الْعَذَابِ ، فَبَعَثَ اللهُ إِلَيْهِمْ مَلَكًا ، فَقَالَ / : قِيسُوا مَا بَيْنَ الْقَرْيَتَيْنِ ، فَإِلَى أَيِّهِمَا كَانَ أَقْرَبَ ، فَاجْعَلُوهُ مِنْ أَهْلِهَا . فوَجَدُوهُ أَقْرَبَ إِلَى الْقَرْيَةِ الصَّالِحَةِ بِشِبْرٍ ، فَجَعَلوهُ مِنْ أَهْلِهَا » . [10] مُتَّفَقٌ عليه[10] . ولأنَّ التَّوْبَةَ تَصِحُّ من الكُفْرِ ، فمن القَتْلِ[11] أَوْلَى . والآيةُ مَحْمولةٌ على مَنْ لم يَتُبْ ، أو على أنَّ هذا جَزاؤُه إن جازاهُ ، وله العَفْوُ إذا شاء . وقوله : لا يَدْخُلُها النَّسْخُ . قُلْنا : لكنْ يَدْخُلُها التَّخْصِيصُ والتَّأْوِيلُ .

٢/٩ و

١٤١٥ – مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ الله : (والقَتْلُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ عَمْدٌ ، وشِبْهُ الْعَمْدِ ، وخَطَأٌ)

= ٥٩/٦ . ومسلم ، فى : كتاب التفسير . صحيح مسلم ٢٣١٨/٤ . وأبو داود ، فى : باب فى تعظيم قتل المؤمن ، من كتاب الفتن . سنن أبى داود ٤١٩/٢ ، ٤٢٠ . والنسائى ، فى : باب تعظيم الدم ، من كتاب تحريم الدم . المجتبى ٧٨/٧ ، ٨٠ . وابن ماجه ، فى : باب هل لقاتل مؤمن توبة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٤/٢ . والبيهقى ، فى : باب أصل تحريم القتل فى القرآن ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ١٥/٨ ، ١٦ .

(٧) فى ب ، م : « ولا » .

(٨) سورة النساء ٤٨ .

(٩) سورة الزمر ٥٣ .

(١٠ – ١٠) سقط من : م . وأخرجه البخارى ، فى : باب حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخارى ٢١١/٤ ، ٢١٢ . ومسلم ، فى : باب قبول توبة القاتل وإن كثر قتله ، من كتاب التوبة . صحيح مسلم ٢١١٨/٤ ، ٢١١٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٧٢/٣ .

(١١) فى الأصل : « القاتل » .

أكثرُ أهلِ العلمِ يَرَوْنَ القَتْلَ مُنْقسِمًا إلى هذه الأقْسامِ الثَّلاثةِ ، رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ . وبه قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادةُ ، وحَمَّادٌ ، وأهلُ العِراقِ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وأنكرَ مالكٌ شِبْهَ العَمْدِ ، وقال : ليس فى كتابِ اللهِ إلَّا العَمْدُ والخَطأُ ، فأمَّا شِبْهُ العَمْدِ ، فلا يُعْمَلُ به عندَنا . وجعَله من قِسْمِ العَمْدِ . وحُكِىَ عنه مثلُ قَوْلِ الجماعةِ . وهو الصَّوابُ ؛ لما رَوَى عبدُ اللهِ بن عمرِو بن العاصِ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « أَلا إنَّ دِيَةَ الْخَطَإِ شِبْهَ الْعَمْدِ ، مَا كَانَ بِالسَّوْطِ والْعَصَا ، مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ ، مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِى بُطُونِها أوْلَادُها » . روَاه أبو داودَ[1] . وفى لفظٍ : « قَتِيلِ خَطَإِ الْعَمْدِ » . وهذا نَصٌّ يُقَدَّمُ على ما ذكَره . وقَسَّمَه أبو الخَطَّابِ أربعةَ أقسامٍ ، فزاد قِسْمًا رابعًا ، وهو ما أُجْرِىَ مُجْرَى الْخَطَإِ ، نحو أن يَنْقَلِبَ نائمٌ على شَخْصٍ فيَقْتُلَه ، أو يَقَعَ عليه من عُلْوٍ ، والقَتْلِ بالسَّبَبِ ، كحَفْرِ البِئْرِ ونَصْبِ[2] السِّكِّين ، وقَتْلِ غيرِ المُكلَّفِ ، أُجْرِىَ مُجْرَى[3] الخَطَإِ وإن كان عَمْدًا . وهذه الصُّورةُ التى ذكَرها عندَ الأكْثَرِينَ من قِسْمِ الخَطَإِ ، فإنَّ صاحِبَها لم يَعْمِدِ الفِعْلَ ، أو عَمَدَه وليس هو من أهْلِ القَصْدِ الصَّحِيحِ ، فسَمَّوْه[4] خطأً[5] ، فأعْطَوْه حُكْمَه . وقد صَرَّحَ الْخِرَقِىُّ بذلك ، فقال فى الصَّبِىِّ والمجنونِ : عَمْدُهما خَطأٌ .

١٤١٦ – مسألة ؛ قال : (فَالْعَمْدُ مَا ضَرَبَهُ بِحَدِيدَةٍ ، أَوْ خَشَبَةٍ كَبِيرَةٍ فَوْقَ عَمُودِ الفُسْطَاطِ ، أو حَجَرٍ كَبِيرٍ الْغَالِبُ أَنْ يَقْتُلَ مِثْلُهُ ، أَوْ أَعَادَ الضَّرْبَ بخَشَبَةٍ صَغِيرَةٍ ، أَوْ فَعَلَ بِهِ فِعْلًا الْغَالِبُ مِنْ ذٰلِكَ الْفِعْلِ أَنَّه يُتْلِفُ)

وجملةُ ذلك أن العَمْدَ نوعان :

---

(١) تقدم تخريجه ، فى : ٦/ ٢٤٠ . ويضاف إليه : المسند ٢/ ١٦٤ ، ١٦٦ .

(٢) فى م : « ونصل » .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

أحدُهما، أن يَضْرِبَه بمُحَدَّدٍ[1] ، وهو ما يَقْطَعُ ، ويَدْخُلُ فى البَدَنِ ، كالسَّيْفِ والسِّكِّينِ والسِّنَانِ ، وما فى معناه ممَّا يُحَدِّدُ فيَجْرَحُ / ، من الحَدِيدِ ، والنُّحاسِ ، والرَّصَاصِ، والذَّهَبِ ، والفِضَّةِ ، والزُّجَاجِ ، والحَجَرِ، والقَصَبِ ، والخَشَبِ ، فهذا كلُّه إذا جَرَحَ به جُرْحًا كبيرًا، فمات[2] ، فهو قَتْلٌ عَمْدٌ ، لا خِلافَ[3] فيه بينَ العُلماءِ ، فيما عَلِمْناه . فأمَّا إنْ جَرَحَه جُرْحًا صغيرًا ، كشَرْطَةِ الحَجَّامِ ، أو غَرَزَهُ بإبْرَةٍ ، أو شَوْكَةٍ ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان فى مَقْتَلٍ ، كالعَيْنِ ، والفُؤادِ ، والخاصِرَةِ ، والصُّدْغِ ، وأصْلِ الأُذُنِ ، فمات ، فهو عَمْدٌ أيضا ؛ لأنَّ الإصابةَ بذلك فى المَقْتَلِ ، كالجَرْحِ بالسِّكِّينِ فى غيرِ المَقْتَلِ ، وإن كان فى غيرِ مَقْتَلٍ ؛ نَظَرْتَ ، فإن كان قد بالَغَ فى إدْخالِها فى البَدَنِ ، فهو كالجُرْحِ الكبيرِ ؛ لأنَّ هذا يَشْتَدُّ ألَمُه ، ويُفْضِى إلى القَتْلِ ، كالكبيرِ ، وإن كان الغَرْزُ[4] يَسِيرًا ، أو جَرَحَهُ بالكبيرِ[5] جَرْحًا لَطِيفًا ، كشَرْطَةِ الحَجَّامِ فما دُونَها ، فقال أصحابُنا : إن بَقِىَ من ذلك ضَمِنًا[6] حتى مات ، ففيه القَوَدُ ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه مات منه ، وإن مات فى الحالِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا قِصَاصَ فيه . قاله ابنُ حامدٍ ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّه لم يَمُتْ منه ، ولأنَّه لا يَقْتُلُ غالِبًا ، فأشْبَهَ العَصَا والسَّوْطَ . والتَّعْلِيلُ الأوَّلُ أجْوَدُ ؛ لأنَّه لمَّا احْتَمَلَ حُصُولَ الموتِ بغيرِه ظاهِرًا ، كان ذلك شُبْهةً فى دَرْءِ القِصَاصِ ، ولو كانت العِلَّةُ كَوْنَه لا يَحْصُلُ به القَتْلُ غالِبًا ، لم يَفْتَرِقِ الحالُ بين مَوْتِه فى الحالِ، وموتِه مُتَراخِيًا عنه، كسائرِ ما لا يَجِبُ به القِصَاصُ. والثانى، فيه القِصاصُ؛ لأنَّ المُحَدَّدَ لا يُعْتَبَرُ فيه غَلَبَةُ الظَّنِّ فى حُصُولِ القَتْلِ به، بدليلِ ما لو قَطَعَ شَحْمَةَ أُذُنِه، أو قَطَعَ أُنْمُلَتَه، ولأنَّه لمَّا لم يُمْكِنْ إدارةُ الحُكْمِ، وضَبْطُه بغَلَبَةِ الظَّنِّ،

٢/٩ظ

---

(١) فى ب : « محدود » .
(٢) سقط من : الأصل ، ب .
(٣) فى ب : « اختلاف » .
(٤) فى م : « الغور » .
(٥) فى ب : « الكبير » .
(٦) الضمن : الزَّمِن والمبتلى فى جسمه .

وَجَبَ رَبْطُه بكَوْنِه مُحَدَّدًا ، ولا يُعْتَبَرُ ظُهورُ الحِكْمةِ[7] فى آحادِ صُوَرِ[8] المَظِنَّةِ ، بل يَكْفِى احْتمالُ الحِكْمةِ ، ولذلك ثَبَتَ الحكمُ به فيما إذا بَقِىَ ضَمِنًا ، مع أنَّ العَمْدَ لا يخْتلِفُ مع اتِّحادِ الآلةِ والفِعْلِ ، بسُرْعةِ الإفضاءِ وإبْطائِه ، ولأنَّ فى البَدَنِ مَقاتِلَ خَفِيَّةً ، وهذا له سِرَايةٌ ومَوْرٌ ، فأشْبَهَ الجُرْحَ الكبيرَ . وهذا ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ؛ فإنَّه لم يُفرِّقْ بين الصغيرِ والكبيرِ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، وللشافعىِّ ، من التفصيلِ نحوٌ ممَّا ذكَرْنا .

النَّوعُ الثانى ، القتلُ بغيرِ المُحَدَّدِ ، ممَّا يَغْلِبُ على الظَّنِّ حُصُولُ الزُّهُوقِ به عندَ استعمالِه ، فهذا عَمْدٌ مُوجِبٌ للقِصَاصِ أيضًا . وبه قال / النَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، وابنُ سِيرِينَ ، وحَمَّادٌ ، وعمرُو بن دِينارٍ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال الحسنُ : لا قَوَدَ فى ذلك . ورُوِىَ ذلك عن الشَّعْبِىِّ . وقال ابنُ المُسَيَّبِ ، وعَطاءٌ ، وطَاوُسٌ : العَمْدُ ما كان بالسِّلاحِ . وقال أبو حنيفةَ : لا قَوَدَ [9]فى ذلك[9] ، إلَّا أن يكونَ قَتَلَه بالنَّارِ . وعنه فى مُثَقَّلِ الحَدِيدِ رِوايَتَان . واحْتَجَّ بقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « أَلَا إنَّ فى قَتِيلِ عَمْدِ الْخَطَإِ ، قَتِيلِ السَّوْطِ والْعَصَا والْحَجَرِ ، مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ »[10] . فسَمَّاهَ عَمْدَ الخطإِ ، وأَوْجَبَ فيه الدِّيَةَ دُونَ القِصَاصِ ، ولأنَّ العَمْدَ لا يُمْكِنُ اعْتبارُه بنَفْسِه ، فيَجِبُ ضَبْطُه بمَظِنَّتِه ، ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه بما يَقْتُلُ غالِبًا ، لحُصُولِ العَمْدِ بدُونِه فى الجُرْحِ الصغيرِ ، فوَجَبَ ضَبْطُه بالجُرْحِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَـٰنًا ﴾[11] . وهذا مَقْتُولٌ ظُلْمًا ، وقال اللهُ تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِى الْقَتْلَى ﴾[12] . وروى أَنسٌ ، أنَّ يَهُودِيًّا قَتَلَ

٣/٩و

---

(٧) فى ب ، م : « الحكم » .
(٨) فى ب ، م : « صورة » .
(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ب .
(١٠) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤١٠ . وانظر ما تقدم فى صفحة ٤٤٥ .
(١١) سورة الإسراء ٣٣ .
(١٢) سورة البقرة ١٧٨ .

جاريةً على أَوْضاحٍ[13] لها بحَجَرٍ ، فقتَلَه رسولُ الله ﷺ بينَ حَجَرَيْنِ . مُتَّفَقٌ عليه[14] . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : قام رسولُ الله ﷺ ، فقال : « وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ؛ إمَّا يُودَى ، وإمَّا[15] يُقَادُ » . مُتَّفَقٌ عليه[16] . ولأنَّه يقْتُلُ غالبًا ، فأشْبَهَ المُحَدَّدَ . وأمَّا الحديثُ ، فمَحْمولٌ على المُثَقَّلِ الصَّغِيرِ ؛ لأنَّه ذَكَرَ العَصَا والسَّوْطَ ، وقَرَنَ به الحَجَرَ . فدَلَّ على أنَّه أراد ما يُشْبِهُهما . وقولُهم : لا يُمْكِنُ ضَبْطُه . ممنوعٌ ؛ فإنَّنا نُوجِبُ القِصَاصَ بما نتَيَقَّنُ حُصُولَ الغَلَبَةِ به ، وإذا شَكَكْنا ، لم نُوجِبْه مع الشَّكِّ ، وصغيرُ الجُرْحِ قد سَبَقَ القولُ فيه ، ولأنَّه لا يَصِحُّ ضَبْطُه بالجُرْحِ ، بدليلِ ما لو قَتَلَه بالنارِ ، أو بمُثَقَّلِ[17] الحدِيدِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ هذا النَّوْعَ يتَنَوَّعُ أنواعًا ؛ أحدها ، أن يَضْرِبَه بمُثَقَّلٍ كبيرٍ ، يَقْتُلُ مِثْلُه غالبًا ، سواءٌ كان من حديدٍ ، كاللَّتِّ[18] ، والسَّنْدَانِ ، والمِطْرَقَةِ ، أو حَجَرٍ ثقيلٍ ، أو خَشَبةٍ كبيرةٍ . وحَدَّ الخِرَقِيُّ الخشبةَ الكبيرةَ ، بما فَوْقَ عَمُودِ الفُسْطاطِ ، يعنى العُمُدَ التى تَتَّخِذُها الأعْرابُ[19] لِبُيُوتِها ،

---

(13) الأوضاح : حلى الفضة . انظر غريب الحديث 3/188 .

(14) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا قتل بحجر أو بعصا ، من كتاب الديات . صحيح البخارى 9/5 ، 6 . ومسلم ، فى : باب ثبوت القصاص فى القتل بالحجر وغيره ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم 3/1299 ، 1300 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب يقاد من القاتل ، وباب القود بغير حديد ، من كتاب الديات . سنن أبى داود 2/487 – 489 . والنسائى ، فى : باب القود من الرجل للمرأة ، وباب القود بغير حديدة ، من كتاب القسامة . المجتبى 8/20 ، 32 . والإمام أحمد ، فى : المسند 3/170 ، 171 .

(15) فى ا ، م زيادة : « أن » .

(16) أخرجه البخارى ، فى : باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى 3/165 ، 9/6 . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم 2/988 ، 989 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ولى العمد يرضى بالدية ، من كتاب الديات . سنن أبى داود 2/481 . والنسائى ، فى : باب هل تؤخذ من قاتل العمد الدية ، من كتاب القسامة . المجتبى 8/34 .

(17) فى م : « بمثل » .

(18) اللت : ما يُلَتُّ به ، أى يُدَقُّ أو يُسْحَق .

(19) فى ب : « العرب » .

٣/٩ظ

وفيها دِقَّةٌ ، فأمَّا عُمُدُ الخِيامِ فكبيرةٌ ، تَقْتُلُ غالبًا ، فلم يُرِدْها الْخِرَقِىُّ ، / وإنَّما حَدَّ المُوجِبَ للقِصاصِ بما[٢٠] فَوْقَ عَمُودِ الفُسْطاطِ ؛ لأَنَّ النَّبِىَّ ﷺ لمَّا سُئِلَ عن المرأةِ التى ضَرَبَتْ جارِيَتَها بعَمُودِ فُسْطاطٍ فقَتَلَتْها وجَنِينَها ، قَضَى النَّبِىُّ ﷺ فى الْجَنِينِ بغُرَّةٍ ، وقَضَى بالدِّيَةِ على عاقِلَتِها[٢١] . والعاقِلةُ لا تَحْمِلُ العَمْدَ ، فدَلَّ على أنَّ القَتْلَ بعَمُودِ الفُسْطاطِ ليس بعَمْدٍ . وإن كان أعْظَمَ منه ، فهو عَمْدٌ ؛ لأنَّه يَقْتُلُ غالبًا . ومن هذا النَّوعِ أن يُلْقِىَ عليه حائطًا ، أو صخرةً ، أو خشبةً عظيمةً ، أو ما أشْبَهَ ممَّا يُهْلِكُه غالبًا ، فيُهْلِكَه ، ففيه القَوَدُ ؛ لأنَّه يَقْتُلُ غالبًا . النَّوعِ الثانى ، أن يَضْرِبَه بمُثَقَّلٍ صغيرٍ ، كالعَصَا ، والسَّوْطِ[٢٢] ، والحجرِ الصغيرِ ، أو يَلْكُزَه بيَدَيْه فى مَقْتَلٍ ، أو فى حالِ ضَعْفٍ من المَضْرُوبِ ؛ لمَرَضٍ أو صِغَرٍ ، أو فى زَمَنٍ مُفْرِطِ الْحَرِّ أو البَرْدِ ، بحيث تَقْتُلُه تلك الضَّرْبةُ ، أو كَرَّرَ الضربَ حتى قَتَلَه بما يَقْتُلُ غالبًا ، ففيه القَوَدُ ؛ لأنَّه قتَلَه بما يَقْتُلُ مثلُه غالبًا ، فأشْبَهَ الضَّرْبَ بمُثَقَّلٍ كبيرٍ . ومن هذا النَّوعِ ، لو عَصَرَ خُصْيَتَه عَصْرًا شديدًا ، فقَتَلَه بعَصْرٍ يَقْتُلُ مثلُه غالبًا ، فعليه القَوَدُ . وإن لم يكُنْ كذلك فى جميعِ ما ذكرناه ، فهو عَمْدُ الخطإِ ، وفيه الدِّيَةُ ، إلَّا أن يَصْغُرَ جدًّا ، كالضَّرْبةِ بالقَلَمِ والإصْبَعِ فى غيرِ مَقْتَلٍ ، ونحوِ هذا ممَّا لا يُتَوَهَّمُ القَتْلُ به ، فلا قَوَدَ فيه ، ولا دِيَةَ ؛ لأنَّه لم يَمُتْ به . وكذلك إن مَسَّهُ بالكبيرِ ، ولم يَضْرِبْه به ؛ لأَنَّ الدِّيَةَ إنَّما تَجِبُ بالقَتْلِ ، وليس هذا بقَتْلٍ .

النَّوعِ الثالث ، أن يَمْنَعَ خُرُوجَ نَفَسِه ، وهو ضَرْبانِ ؛ أحَدُهما ، أن يَجْعَلَ فى عُنُقِه خِراطةً[٢٣] ، ثم يُعَلِّقَه فى خَشَبةٍ أو شىءٍ ، بحيثُ يرْتَفِعُ عن الأرضِ ، فيَخْتَنِقُ

---

(٢٠) فى م : « بمما » .

(٢١) أخرجه مسلم ، فى : باب دية الجنين ... ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ٣/ ١٣١٠ ، ١٣١١ . وأبو داود ، فى : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/ ٤٩٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى دية الجنين ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ٦/ ١٨٠ . والنسائى ، فى : باب صفة شبه العمد ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/ ٤٤ . والدارمى ، فى : باب فى دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ٢/ ١٩٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٩ .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣) الخراطة : ما يعرف اليوم بالمشنقة .

ويمُوتُ ، فهذا عَمْدٌ ، سواءٌ مات فى الحالِ ، أو بَقِىَ زَمَنًا ؛ لأنَّ هذا أَوْحَى[٢٤] أنواعِ الخَنْقِ ، وهو الذى جَرَتِ العادةُ بفِعْلِه من الوُلاةِ فى اللُّصُوصِ وأشْباهِهِم من المُفْسِدِينَ . والضَّرْبُ الثانى ، أن يَخْنُقَه وهو علَى الأرْضِ بيَدَيْه ، أو مِنْدِيلٍ ، أو حَبْلٍ ، أو يَغُمَّه بوِسَادةٍ ، أو شىءٍ يَضَعُه على فِيهِ وأنْفِه ، أو يَضَعَ يَدَيْه عليهما فيَمُوتَ ، فهذا إن فَعَلَ به ذلك مُدَّةً يَمُوتُ فى مِثْلِها غالِبًا فمات ، فهو عَمْدٌ فيه القِصاصُ . وبه قال عمرُ بن عبد العزيزِ ، والنَّخَعِىُّ ، والشافعىُّ . وإن فَعَلَه فى[٢٥] مُدَّةٍ لا يموتُ فى مثلِها / غالبًا فمات ، فهو عَمْدُ الخَطَإِ ، إلَّا أن يكونَ ذلك يَسِيرًا فى العادةِ[٢٦] ، بحيثُ لا يُتَوَهَّمُ الموتُ منه ، فلا يُوجِبُ ضمانًا ؛ لأنَّه بمَنْزِلةِ لَمْسِه . وإن خَنَقَه ، وتَرَكه مُتألِّمًا[٢٧] حتى مات ، ففيه القَوَدُ ؛ لأنَّه مات من سِرَايةِ جِنايَتِه ، فهو كالمَيِّتِ من سِرَايةِ الجُرْحِ ، وإن تَنَفَّسَ وصَحَّ ، ثم مات ، فلا قَوَدَ ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه لم يَمُتْ منه ، فأشْبَهَ ما لو انْدَمَلَ الجُرْحُ ثم مات .

٩/٤و

النَّوعِ الرابع ، أن يُلْقِيَه فى مَهْلَكةٍ ، وذلك على أربعةِ أضْرُبٍ ، أحدها ؛ أن يُلْقِيَه من شاهِقٍ ، كرَأْسِ جَبَلٍ ، أو حائطٍ عالٍ ، يَهْلِكُ به غالبًا ، فيَمُوتَ ، فهو عَمْدٌ[٢٨] . الثانى ، أن يُلْقِيَهُ فى نارٍ ، أو ماءٍ يُغْرِقُه ، ولا يُمْكِنُه التَّخَلُّصُ منه ، إمَّا لكَثْرةِ الماءِ والنَّارِ[٢٩] ، وإمَّا لعَجْزِه عن التَّخَلُّصِ ، لمَرَضٍ ، [٣٠]أو ضَعْفٍ[٣٠] ، أو صِغَرٍ ، أو كَوْنِه مَرْبُوطًا ، أو مَنَعَه الخُروجَ ، أو كَوْنِه فى حُفْرةٍ[٣١] لا يَقْدِرُ على الصُّعودِ منها ، ونحو هذا ، أو أَلْقاهُ فى بئرٍ ذاتِ نَفَسٍ[٣٢] ، فمات به ، عالِمًا بذلك ، فهذا كلُّه عَمْدٌ ؛ لأنَّه يَقْتُلُ غالبًا . وإن أَلْقاهُ فى ماءٍ يَسِيرٍ ، يَقْدِرُ على الخُرُوجِ منه ، فلَبِثَ فيه اخْتيارًا حتى مات ،

---

(٢٤) أوحى : أسرع .
(٢٥) سقط من : الأصل ، ب .
(٢٦) فى الأصل : « الغاية » .
(٢٧) فى م : « مثلا » .
(٢٨) فى ب زيادة : « محض » .
(٢٩) فى م : « أو النار » .
(٣٠ - ٣٠) سقط من : ا ، م .
(٣١) فى م : « حفيرة » .
(٣٢) ذات نفس : أى رائحة متغيرة .

فلا قَوَدَ فيه ولا دِيَةَ ؛ لأنَّ هذا الفعلَ لم يَقْتُلْه ، وإنَّما حَصَلَ موتُه بلُبْثِه فيه ، وهو فِعْلُ نَفْسِه ، فلم يَضْمَنْه غيرُه . وإن تَرَكه فى نارٍ يُمْكِنُه التَّخلُّصُ منها لِقلَّتِها ، أو كَوْنِه فى طَرَفٍ منها يُمْكِنُه الخُروجُ بأدْنَى حَرَكةٍ ؛ فلم يَخْرُجْ حتى مات ، فلا قَوَدَ ؛ لأنَّ هذا لا يَقْتُلُ غالبًا ، وهل يَضْمَنُه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَضْمَنُه ؛ لأنَّه مُهْلِكٌ لنَفْسِه بإقامَتِه ، فلم يَضْمَنْه ، كما لو ألْقاهُ فى ماءٍ يسيرٍ ، لكنْ[33] يضْمَنُ ما أصابتِ النَّارُ منه . والثانى ، يضمنُه ؛ لأنَّه جاء بالإلْقاءِ المُفْضِى إلى الهلاكِ ، وتَرْكُ التخلُّصِ لا يُسْقِطُ الضَّمانَ ، كما لو فَصَدَه فتَرَكَ شَدَّ فِصَادِه مع إمكانِه ، أو جَرَحَه فترَكَ مُداواةَ جُرْحِه ، وفارَقَ الماءَ ؛ لأنَّه لا يُهْلِكُ بنَفْسِه ، ولهذا يَدْخُلُه الناسُ للغُسْلِ والسِّباحةِ والصَّيْدِ ، وأمَّا النَّارُ فيَسِيرُها يُهْلِكُ . وإنَّما تُعْلَمُ قُدْرَتُه على التخلُّصِ بقَوْلِه : أنا قادِرٌ على التخلُّصِ . أو نحو هذا ؛ لأنَّ النَّارَ لها حَرارةٌ شديدةٌ ، فربَّما أزْعَجَتْه حَرارَتُها عن مَعْرِفةِ ما يَتَخلَّصُ به ، أو أذْهَبَتْ عقلَه بألَمِها ورَوْعَتِها . وإن ألْقاه فى لُجَّةٍ لا يُمْكِنُه التَّخلُّصُ / منها ، فالْتَقَمَه حُوتٌ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، عليه القَوَدُ ؛ لأنَّه ألْقاهُ فى مَهْلَكةٍ فهَلَكَ ، فأشْبَهَ ما لو غَرِقَ فيها . والثانى ، لا قَوَدَ عليه ؛ لأنَّه لم يَهْلِكْ بها ، أشْبَهَ ما لو قَتَلَه آدَمِىٌّ آخرُ . وإن ألْقاهُ فى ماءٍ يَسِيرٍ ، فأكَلَه سَبُعٌ ، أو الْتَقَمَه حُوتٌ أو تِمْساحٌ ، فلا قودَ عليه ؛ لأنَّ الذى فَعَلَه لا يَقْتُلُ غالِبًا ، وعليه ضَمانُه ؛ لأنَّه هَلَكَ بفِعْلِه . الضَّرْب الثالث ، أن يَجْمَعَ بينَه وبينَ أسَدٍ أو نَمِرٍ ، فى مكانٍ ضَيِّقٍ ، كزُبْيَةٍ[34] ونحوِها ، فيَقْتُلَه ، فهذا عَمْدٌ ، فيه القِصاصُ إذا فعَل السَّبُعُ به فِعْلًا يَقْتُلُ مثلُه ، وإن فَعَلَ به فِعْلًا لو فَعَلَه الآدَمِىُّ لم يكُنْ عَمْدًا ، لم يجبِ القِصاصُ به ؛ لأنَّ السَّبُعَ صار آلةً للآدَمِىِّ ، فكان فِعْلُه كفِعْلِه . وإن ألْقاهُ مَكْتوفًا بينَ يَدَىِ الأسَدِ ، أو النَّمِرِ ، فى فَضاءٍ ، فأكَلَه ، فعليه القَوَدُ . وكذلك إن جَمَعَ بينَه وبين حَيَّةٍ فى مكانٍ ضَيِّقٍ ، فنَهَشَتْه فقَتَلَتْه ، فعليه القَوَدُ . وقال القاضى : لا ضَمانَ عليه فى

٤/٩ ظ

---

(٣٣) فى ب : « ولكن» .

(٣٤) الزبية : حفرة للأسد .

الصُّورتين . وهو قولُ أصحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّ الأَسَدَ والحَيَّةَ يَهْرُبانِ من الآدَمِيِّ ، ولأنَّ هذا سَبَبٌ غيرُ مُلْجِئٍ . ولَنا ، أنَّ هذا يَقْتُلُ غالبًا ، فكان عَمْدًا مَحْضًا ، كسائرِ الصُّوَرِ . وقولُهم : إنَّهما يَهْرُبانِ غيرُ صحيحٍ ، فإنَّ الأَسَدَ يأخُذُ الآدَمِيَّ المُطْلَقَ ، فكيف يَهْرُبُ من مكتوفٍ أُلْقِيَ إليه[٣٥] ليأْكُلَه ! والحَيّةُ إنَّما تَهْرُبُ فى مكانٍ واسعٍ ، أمَّا إذا ضاقَ المكانُ ، فالغالبُ أنَّها تَدْفَعُ عن نَفْسِها بالنَّهْشِ ، على ما هو العادةُ . وقد ذكر القاضى فى مَن أُلْقِيَ مكتوفًا فى أرضٍ مَسْبَعَةٍ ، أو ذاتِ حَيَّاتٍ ، فقَتَلَتْه ، أنَّ فى وُجُوبِ القِصاصِ روايتَيْن . وهذا تَناقُضٌ شديدٌ ؛ فإنَّه نَفَى الضَّمانَ بالكُلِّيَّةِ فى صُورةٍ كان القتلُ فيها أغْلَبَ ، وأَوْجَبَ القِصاصَ فى صُورةٍ كان فيها أنْدَرَ . والصَّحِيحُ أنَّه لا قِصاصَ هٰهُنا ، ويجبُ الضَّمانُ ؛ لأنَّه فَعَلَ به فِعْلًا مُتَعَمِّدًا تَلِفَ به . لا يَقْتُلُ مثلُه غالِبًا . وإن أنْهشَه حَيَّةً أو سَبُعًا فقتَلَه ، فعليه القَوَدُ إذا كان ذلك ممَّا يَقْتُلُ غالِبًا ، فإن كان ممَّا لا يقْتُلُ غالبًا ، كثُعبانِ الحِجازِ ، أو سَبُعٍ صغيرٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، فيه القَوَدُ ؛ لأنَّ الجُرْحَ لا يُعْتَبَرُ فيه غَلَبةُ حُصُولِ القَتْلِ /به ، وهذا جُرْحٌ ، ولأنَّ الحَيَّةَ من جِنْسِ ما يَقْتُلُ غالبًا . والثانى ، هو [٣٦]شِبْهُ عَمْدٍ[٣٦] ؛ لأنَّه لا يقتلُ غالبًا ، أشْبَهَ الضَّرْبَ بالعَصَا والحَجَرِ . وإن كَتَفه وأَلْقاه فى أرْضٍ غيرِ مَسْبَعَةٍ ، فأكلَه سَبُعٌ ، أو نَهَشَتْه حَيَّةٌ ، فمات[٣٧] ، فهو شِبْهُ عَمْدٍ[٣٨] . وقال أصحابُ الشافعيِّ : هو خَطأٌ مَحْضٌ . ولَنا ، أنَّه فَعَلَ به فِعْلًا لا يَقْتُلُ مثلُه غالبًا عَمْدًا ، فأفْضَى إلى هَلاكِه ، أشْبَهَ ما لو ضَرَبَه بعَصًا فمات . وكذلك إن أَلْقاه مَشْدُودًا فى موضعٍ لم يَعْهَدْ وُصُولَ زِيادةِ الماءِ إليه . فأمَّا إن كان فى مَوْضعٍ يَعْلَمُ وصولَ زيادةِ الماءِ إليه فى ذلك الوقتِ ، فمات بها ، فهو عَمْدٌ مَحْضٌ . وإن كانتْ غيرَ مَعْلُومةٍ ، إمَّا لكَوْنِها تَحْتَمِلُ[٣٩] الوُجُودَ[٤٠] وعَدَمَه ، أو لا تُعْهَدُ أصلًا ،

٩/٥ و

(٣٥) فى الأصل ، ب : « له » .
(٣٦-٣٦) فى م : « شبيه العمد » .
(٣٧) سقط من : ب .
(٣٨) فى ا ، م : « العمد » .
(٣٩) فى ب : « تحمل » .
(٤٠) فى ا ، م : « الوجوب » تحريف .

فهو شِبْهُ عَمْدٍ . الضَّرب الرابع ، أن يَحْبِسَه فى مكانٍ ، ويَمْنَعَه الطَّعامَ والشراب مُدّةً لا يَبْقَى فيها حتى يَموتَ ، فعليه القَوَدُ ؛ لأنَّ هذا يَقْتُلُ غالبًا ، وهذا يخْتلِفُ باخْتلافِ الناسِ والزَّمانِ والأحوالِ ، فإذا كان عَطْشانَ فى شِدَّةِ الحَرِّ ، مات فى الزَّمَنِ القليلِ ، وإن كان رَيَّانَ والزمنُ باردٌ أو معتدلٌ ، لم يَمُتْ إلَّا فى زمنٍ طويلٍ فيُعْتَبَرُ هذا فيه . وإن كان فى مُدَّةٍ يموتُ [٤١] فى مثلِها [٤١] غالبًا ، ففيه القَوَدُ . وإن كان لا يموتُ فى مثلِها غالبًا [٤٢] ، فهو عَمْدُ الخطَإِ . وإن شَكَكْنا فيها ، لم يَجِب القَوَدُ ؛ لأنَّنا شكَكْنا فى السَّبَبِ ، ولا يَثْبُتُ الحُكْمُ مع الشَّكِّ فى سَبَبِه ، سِيَّما القِصاصُ الذى يَسْقُطُ بالشُّبُهاتِ .

النوع الخامس ، أن يَسقِيَه سُمًّا ، أو يُطْعِمَه شيئًا قاتلًا ، فيموتَ به ، فهو عَمْدٌ موجِبٌ للقَوَدِ ، إذا كان مثلُه يَقْتُلُ غالبًا . وإن خَلَطَه بطعامٍ ، وقَدَّمَه إليه ، فأكَلَه أو أهْداهُ إليه فأكَلَه [٤٣] ، أوخلَطه بطَعامِ رَجُلٍ ، ولم يَعْلَمْ [٤٣] ذلك فأكَلَه ، فعليه القَوَدُ ؛ لأنَّه يقْتُلُ غالبًا . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : لا قَوَدَ عليه ؛ لأنَّه أكَلَه مُخْتارًا ، فأشْبَهَ مالو قَدَّمَ إليه سِكِّينًا ، فطَعَنَ بها نفْسَه ، ولأنَّ أنَسَ بن مالكٍ رَوَى ، أنَّ يَهُودِيَّةً أتتْ رسولَ الله ﷺ بشَاةٍ مَسْمُومةٍ ، فأكَلَ منها النَّبِىُّ ﷺ ، ولم يَقْتُلْها النَّبِىُّ ﷺ [٤٤] . قال [٤٥] : وهل تجبُ الدِّيَةُ [٤٦] ؟ فيه قَوْلان . ولَنا ، خبرُ اليَهُوديَّةِ ، فإنَّ أبا سَلَمةَ ، قال فيه : فماتَ بِشْرُ بن البَراءِ ، فأمَرَ بها النَّبِىُّ ﷺ فقُتِلَتْ . أخرجه أبو داودَ [٤٧] . ولأنَّ هذا يَقْتُلُ

(٤١ – ٤١) فى الأصل ، ب : « فيها » .

(٤٢) فى م زيادة : « ففيه القود وإن كان لا يموت فى مثلها غالبا » . تكرار .

(٤٣) سقط من : ا ، م .

(٤٤) أخرجه البخارى ، فى : باب قبول الهدية من المشركين ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣/٢١٤ . وأبو داود ، فى : باب فى من سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٨١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢١٨ .

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) فى م : « القود » .

(٤٧) فى : باب فى من سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٨٢ ، ٤٨٣ .

غالبًا ، ويُتَّخَذُ طريقًا إلى القَتْلِ كثيرًا ، فأَوْجَبَ القِصاصَ ، كما لو أكْرَهَه على شُرْبِه .

فأمَّا حديثُ أنسٍ ، فلم يذكُرْ فيه أنَّ أحـدًا مات منه . ولا يجبُ القِصاصُ إلَّا أن يُقتَلَ به ، ويجوزُ أن يكونَ النَّبىُّ ﷺ [٤٨] لم يَقْتُلْها قبلَ أن يموتَ بشرُ بن الْبَراءِ ، فلما مات ، أَرْسَلَ إليها النَّبىُّ ﷺ [٤٨] ، فسأَلَها ، فاعْتَرفتْ ، فقتَلَهـا ، فنَقَـلَ أنسٌ صَدْرَ الـقِصَّةِ دُونَ آخرِها . ويَتَعَيّنُ حملُه عليه ، جَمْعًا بين الخَبَرَيْنِ . ويجوزُ أن يتْرُكَ قَتْلَها ؛ لكَوْنِها ما قَصَدَتْ بشرَ بـن الْبَراءِ ، إنَّما قَصَدتْ قتلَ النَّبىِّ ﷺ ، فاخْتلَّ العَمْدُ بالنِّسْبةِ إلى بِشْرٍ ، وفارَقَ تَقْديمَ السِّكِّينِ ؛ لأنَّها لا تُقَدَّمُ إلى الإنْسانِ [٤٩] ليَقْتُلَ بها نَفْسَه ، إنَّما تُقَدَّمُ إليه لِيَنْتَفِعَ بها ، وهو عالمٌ بمَضَرَّتِها ونَفْعِها ، فأشْبَهَ ما لو قُدِّمَ إليه السُّمُّ وهو عالِمٌ به . فأمَّا إن خَلطَ السُّمَّ بطعامِ نَفْسِه ، وتَرَكَه فى منزِلِه ، فدخلَ إنسانٌ فأكَلَه ، فليس عليه ضَمانٌ بقِصاصٍ ولا دِيَةٍ ؛ لأنَّه لم يقْتُلْه ، وإنَّما الدَّاخلُ قتَلَ نَفْسَه ، فأشْبَهَ ما لو حَفَرَ فى دارِه بئـرًا ، فدخلَ رجلٌ ، فوَقَعَ فيها ، وسَواءٌ قَصَدَ بذلك قَتْلَ الآكِلِ ، مثل أن يَعْلَمَ أنَّ [٥٠] ظالمًا يُريدُ هُجومَ دارِه ، فترَكَ السُّمَّ فى الطَّعامِ ليَقْتُلَه ، فهو كما لو حَفَرَ بئرًا [٥١] فى دارِه ليَقَعَ فيها اللِّصُّ إذا دخلَ ليَسْرِقَ منها ، ولو دخلَ رجلٌ بإذْنِه ، فأكَلَ الطعامَ المَسْمومَ بغيرِ إذْنِه ، لم يَضْمَنْه لذلك . وإن خَلطَه بطعامِ رجلٍ ، أو قَدَّمَ إليه طَعامًا مَسْمومًا ، وأخْبَرَه بسُمِّه فأكَلَه ، لم يضْمَنْه ؛ لأنَّه أكَلَه عالمًا بحالِه ، فأشْبَهَ ما لو قَدَّمَ إليه سِكِّينًا ، فوَجَأَ بها نَفْسَه . وإن سَقَى إنسانًا سُمًّا ، أو خَلطَه بطعامِه [٥٢] ، فأكَلَه ولم يَعْلَمْ به ، وكان ممَّا لا يَقْتُلُ مثلُه غالبًا ، فهو شِبْهُ عَمْدٍ . فإن اخْتُلِفَ فيه هل يَقْتُلُ مثلُه غالبًا أو لا ؟ وثَمَّ بَيِّنةٌ تَشْهَدُ ، عُمِلَ بها . وإن قالت البَيِّنةُ : هو يَقْتُلُ النِّضْوَ الضَّعِيفَ دُونَ القَوِىِّ . أو غير هذا ، عُمِـلَ [٥٣]

(٤٨ - ٤٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٩) فى م : « إنسان » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) سقط من : ب .

(٥٢) فى ب : « بطعام » .

(٥٣) فى م : « عملت » .

على حَسبِ ذلك . وإن لم يكُنْ مع أحدِهما بيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ السَّاقِى ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ وُجوبِ القِصاصِ ، فلا يَثْبُتُ بالشَّكِّ ، ولأنَّه أعْلَمُ بصِفَةِ ما سَقَى . وإن ثَبتَ أنَّه قاتلٌ ، فقال : لم أعْلَمْ أنَّه قاتلٌ . ففيه وَجْهان ؛ أحدهما : عليه القَوَدُ ؛ لأنَّ السُّمَّ من جِنْسِ ما يَقْتُلُ[54] غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو جَرَحَه ، وقال : لم أعْلَمْ أنَّه يموتُ منه . والثانى : / لا قَوَدَ عليه ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَخْفَى عليه أنَّه قاتلٌ . وهذه[55] شُبْهةٌ يَسْقُطُ بها القَوَدُ .

٦/٩و

النَّوع السادس ، أن يَقْتُلَه بسِحْرٍ يَقْتُلُ غالبًا ، فيَلْزَمُه القَوَدُ ؛ لأنَّه قَتَلَه بما يقْتُلُ غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو قتَلَه بسِكِّينٍ . وإن كان ممَّا لا يقْتُلُ غالبًا ، أو كان[56] ممَّا يقْتُلُ ولا يقْتُلُ ، ففيه الدِّيَةُ دُونَ القِصاصِ ؛ لأنَّه عَمْدُ الخَطَإِ ، فأشْبَهَ ضَرْبَ العَصَا .

النَّوع السابع ، أن يَتَسبَّبَ إلى قَتْلِه بما يقْتُلُ غالبًا ، وذلك أربعة أضْرُبٍ ؛ أحدها ، أن يُكْرِهَ رجلًا على قَتْلِ آخَرَ ، فيقتلَه ، فيَجِبُ القِصاصُ على المُكْرِهِ والمُكْرَهِ جميعًا . وبهذا قال مالكٌ . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : يجبُ القِصاصُ على المُكْرِهِ دُونَ المُباشِرِ ؛ لقولِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « عُفِىَ لأُمّتِى عَنِ الْخَطَإِ والنِّسْيانِ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْه »[57] . ولأنَّ المُكْرَهَ آلةٌ للمُكْرِهِ ، بدليلِ وُجوبِ القِصاصِ على المُكْرِهِ ، ونَقْلِ فِعْلِه إليه ، فلم يجبْ على المُكْرَهِ ، كما لو رَمَى به عليه فقتَلَه . وقال زُفَر : يجبُ على المُباشِرِ دُونَ المُكْرِهِ ؛ لأنَّ المُباشرةَ تَقْطَعُ حُكْمَ السَّبَبِ[58] ، كالحافرِ مع الدَّافعِ ، والآمِرِ مع القاتلِ . وقال الشافعيُّ : يجبُ على المُكْرِهِ ، وفى المُكْرَهِ قوْلان . وقال أبو يوسفَ : لا يجبُ على واحدٍ منهما ؛ لأنَّ المُكْرِهَ لم يُباشِرِ القَتْلَ ، فهو كحافرِ البئْرِ ، والمُكْرَهَ مُلْجَأٌ ، فأشْبَهَ المَرْمِىَّ به على إنسانٍ . ولَنا ، على وُجوبِه على المُكْرِهِ ، أنَّه تَسبَّبَ إلى قَتْلِه بما يُفْضِى إليه غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو ألْسَعَهُ[59] حَيَّةً ، أو ألْقَاهُ على أسَدٍ فى زُبْيَةٍ . ولَنا ، على

---

(٥٤) فى م زيادة : « به » .

(٥٥) فى الأصل ، ب : « وهذا » .

(٥٦) فى ب : « وكان » .

(٥٧) تقدم تخريجه ، فى : ١٤٦/١ .

(٥٨) فى الأصل ، ب : « النسب » .

(٥٩) فى م : « ألسعته » .

وُجُوبِه على المُكْرَهِ ، أنّه قتَلَه عَمْدًا ظُلْمًا لاسْتِبْقاءِ نَفسِه ، فأشْبَهَ ما لو قتَلَه فى المَخْمَصةِ ليأْكُلَه . وقولُهم : إنَّ المُكْرَهَ مُلْجَأٌ . غيرُ صحيحٍ ، فإنَّه مُتَمَكِّنٌ من الامْتِناعِ ، ولذلك أثِمَ بقَتْلِه ، وحَرُمَ عليه ، وإنَّما قَتَلَه عند الإِكْراهِ ظَنًّا منه[60] أن فى قَتْلِه نجاةَ نَفْسِه ، وخَلَاصَه من شَرِّ المُكْرِهِ ، فأشْبَهَ القاتلَ فى المَخْمَصةِ ليأْكُلَه . وإن صار الأَمْرُ إلى الدِّيَةِ ، وَجَبَتْ عليهما . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : لا دِيَةَ على المُكْرَهِ ؛ بناءً منهما على أنّه آلةٌ . وقد بيَّنّا فسادَه ، وإنَّما هما شَرِيكانِ ، يجبُ القِصاصُ عليهما جميعًا ، فوَجَبَتِ الدِّيَةُ عليهما ، كالشَّرِيكَيْنِ بالفِعْلِ ، وكما يَجبُ الجزاءُ على الدَّالِّ على الصَّيْدِ فى الإِحْرامِ والمُباشِرِ[61] ، والرِّدْءِ والمُباشِرِ[62] فى المُحارَبةِ . فعلى هذا ، إن أحَبَّ الوَلِىُّ قَتْلَ أحَدِهما ، وأخْذَ نِصْفِ الدِّيَةِ من الآخَرِ ، أو / العَفْوَ عنه ، فله ذلك . 9/6ظ

الضَّرْب الثانى ، إذا شَهِدَ رَجُلانِ على رجلٍ بما يُوجِبُ قَتْلَه ، فقُتِلَ بشَهادَتِهِما ، ثم رَجَعا ، واعْتَرفا بتَعَمُّدِ القَتْلِ ظُلْمًا ، وكَذِبِهِما فى شَهادَتِهما ، فعليهما القِصاصُ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا قِصاصَ عليهما ؛ لأنَّه تَسَبُّبٌ غيرُ مُلْجِئٍ ، فلا يُوجِبُ القِصاصَ ، كحَفْرِ البِئْرِ . ولَنا ، ما رَوَى القاسمُ بن عبدِ الرحمنِ ، أنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدا عندَ علىٍّ ، كَرَّمَ اللهُ وجهَه ، على رجلٍ أنَّه سَرَقَ ، فقَطَعَه ، ثم رَجَعا عن[63] شهادَتِهِما ، فقال علىٌّ : لو أعْلَمُ أنَّكُما تَعَمَّدْتُما ، لَقَطَعْتُ أيْدِيَكُما . وغَرَّمَهُما دِيَةَ يَدِه[64] . ولأنَّهما تَوَصَّلَا إلى قَتْلِه بسَبَبٍ يَقْتُلُ غالبًا ، فوَجَبَ عليهما القِصاصُ ، كالمُكْرِهِ . الضَّرْب الثالث ، الحاكمُ إذا حَكَمَ على رجلٍ بالقَتْلِ ، عالِمًا بذلك مُتَعَمِّدًا

---

(60) سقط من : الأصل ، ب .

(61) فى ب : « والمباشرة » .

(62) فى ب : « والمباشرة » . وفى م : « كالمباشر » .

(63) فى م : « على » .

(64) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا أصاب قوم من رجل ... ، من كتاب الديات . صحيح البخارى 9/10 . والدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى 3/182 . والبيهقى ، فى : باب الاثنين أو أكثر يقطعان يد رجل معا ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى 8/41 . وابن أبى شيبة ، فى : باب الرجلان يشهدان على رجل بالحد ، من كتاب الديات . المصنف 9/408 ، 409 . كلهم عن الشعبى .

فقتَلَه ، واعْترفَ بذلك ، وجَب القِصاصُ ، والكلامُ فيه كالكلامِ فى الشاهِدَيْنِ ، ولو أنَّ الوَلِىَّ الذى باشَرَ قتْلَه أقرَّ بعِلْمِه بكَذِبِ الشُّهُودِ ، وتَعَمَّدَ قتْلَه ، فعليه القِصاصُ . لا أعلمُ فيه خِلافًا ، فإنْ أقرَّ[٦٥] الشاهِدان والحاكمُ والوَلِىُّ جميعًا بذلك ، فعلى الوَلِىِّ القِصاصُ ؛ لأنَّه باشَرَ القَتْلَ عَمْدًا عُدْوانًا[٦٦] ، ويَنْبَغِى أن لا يجبَ على غيرِه شىءٌ ؛ لأنَّهم متَسبِّبُونَ ، والمباشَرَةُ تُبْطِلُ حُكْمَ السَّبَبِ[٦٧] ، كالدَّافِعِ مع الحافرِ . ويفارِقُ هذا ما إذا لم يُقِرَّ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ حكمُ مُباشَرَةِ القَتْلِ فى حَقِّه ظُلْمًا ، فكان وجودُه كعَدَمِه ، ويكونُ القِصاصُ على الشاهِدَيْنِ والحاكمِ ؛ لأنَّ الجميعَ مُتَسبِّبُونَ . وإن صارَ الأمْرُ إلى الدِّيَةِ ، فهى عليهم أثْلاثًا . ويَحْتَمِلُ أن يتَعَلَّقَ الحُكْمُ بالحاكمِ وحدَه ؛ لأنَّ تَسَبُّبَه أخَصُّ من تَسَبُّبِهِم ؛ فإنَّ حُكْمَه واسطةٌ بينَ شهادَتِهم وقَتْلِه ، فأشْبَهَ المُباشرَ مع المُتَسَبِّبِ . ولو كان الوَلِىُّ المُقرُّ بالتَّعَمُّدِ لم يباشِرِ القتلَ ، وإنَّما وَكَّلَ فيه ، نَظَرْتَ فى الوكيلِ ؛ فإن أقَرَّ بالعِلْمِ ، وتَعَمَّدَ القَتْلَ ظُلْمًا ، فهو القاتلُ وحدَه ؛ لأنَّه مباشِرٌ للقَتْلِ عَمْدًا ظُلْمًا من غيرِ إكْراهٍ ، فتعلَّقَ الحكمُ به ، كما لو أمَرَ بالقَتْلِ فى غيرِ هذه الصُّورةِ ، وإن لم يَعْتَرِفْ بذلك ، فالحكمُ مُتَعَلِّقٌ بالوَلِىِّ ، كما لو باشَرَه . واللهُ أعلمُ .

١٤١٧ – مسألة ؛ قال : (فَفِيهِ الْقَوَدُ إذَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْأَوْلِيَاءُ ، وَكَانَ الْمَقْتُولُ حُرًّا مُسْلِمًا)

/ أجْمعَ العلماءُ على أنَّ القَوَدَ لا يجبُ إلَّا بالعَمْدِ ، ولا نعلمُ بينهم فى وُجُوبِه بالقَتْلِ العَمْدِ إذا اجتمَعتْ شُرُوطُه خِلافًا ، وقد دَلَّتْ عليه الآياتُ والأخبارُ بعُمُومِها ، فقال اللهُ تعالى : ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِى الْقَتْلِ﴾[١] . وقال ٧/٩و

---

(٦٥) فى ب ، م : « أمر » .

(٦٦) فى م : « وعدوانا » .

(٦٧) فى م : « المسبب » .

(١) سورة الإسراء ٣٣ .

تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾[2] . وقال تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصاصِ حَيَاةٌ ﴾[3] . يُرِيدُ – واللهُ أعلمُ – أنَّ وُجُوبَ القِصاصِ يَمْنَعُ مَنْ يُرِيدُ القَتْلَ منه ، شَفَقةً[4] على نَفْسِه من القَتْلِ ، فتَبْقَى الحياةُ فى مَن أُرِيدَ قَتْلُه . وقيل : إنَّ القاتلَ تَنعقِدُ العَداوةُ بينَه وبين قَبِيلَةِ المَقْتُولِ ، فيُرِيدُ قَتْلَهم خَوْفًا منهمْ . ويُرِيدون قَتْلَه وقَتْلَ قَبِيلَتِه استِيفاءً ، ففى الاقْتِصاصِ[5] منه بحُكْمِ الشَّرْعِ قَطْعٌ لِسَبَبِ الهَلاكِ بينَ القَبِيلتَيْن . وقال الله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾[6] . الآية . وقال النَّبِىُّ ﷺ : « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ؛ إمَّا أنْ يُقْتَلَ ، وإمَّا أنْ يُفْدَى » . مُتَّفَقٌ عليه[7] . ورَوَى أبو شُرَيحٍ الخُزَاعِىُّ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ أُصِيبَ بدَمٍ ، أوْ خَبْلٍ[8] ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ إحْدَى ثَلَاثٍ ؛ فَإنْ أَرَادَ الرَّابِعَةَ فَخُذُوا عَلَى يَدَيْهِ ؛ أن يَقْتُلَ ، أوْ يَعْفُوَ ، أوْ يَأْخُذَ الدِّيَةَ » . رواه أبو داودَ[9] . وفى لفظٍ : « فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقالَتِى قَتِيلٌ ، فأهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ ؛ أنْ يَأْخُذُوا الدِّيَةَ ، أو يَقْتُلُوا »[10] . وقال عليه السلامُ : « الْعَمْدُ قَوَدٌ ، إلَّا أنْ يَعْفُوَ وَلِىُّ المَقْتُولِ »[11] . وفى لفظٍ : « مَنْ قَتَلَ

---

(2) سورة البقرة ١٧٨ .

(3) سورة البقرة ١٧٩ .

(4) فى الأصل ، ب : « شفقا » .

(5) فى الأصل : « الإقصاص » .

(6) سورة المائدة ٤٥ .

(7) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٤٨ .

(8) الخبل : الجرح .

(9) فى : باب الإمام يأمر بالعفو فى الدم ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٧٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من قتل له قتيل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٧٦ . والدارمى ، فى : باب الدية فى قتل العمد ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ٢/١٨٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣١ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب ولى العمد يرضى بالدية ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٨٠ .

(١١) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ٣/٩٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : العمد قود ، من كتاب الديات . المصنف ٩/٣٦٥ .

عَامِدًا[١٢] ، فَهُوَ قَوَدٌ » . رواه أبو داودَ[١٣] . وفى لفظٍ رواه ابن ماجه[١٤] : « مَنْ قَتَلَ عامِدًا[١٥] ، فَهُوَ قَوَدٌ ، وَمَنْ حَالَ بَيْنَهُ وبَيْنَهُ ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ والْمَلَائِكَةِ والنَّاسِ[١٥] أجْمَعِينَ ، لا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ » . وقولُ الْخِرَقِيِّ : إذا اجْتَمَعَ عليه الأوْلياءُ . يعنى إذا كان للمَقْتُولِ أولياءُ يَسْتَحِقُّونَ القِصاصَ ، فمِن شَرْطِ وُجُوبه اجتماعُهم على طَلَبِه ، ولو عفَا واحدٌ منهم ، سَقَطَ كلُّه ، وإن كان[١٦] بعضُهم غائبًا ، أو غيرَ مُكَلَّفٍ ، لم يكُنْ لشُرَكائِه[١٧] القِصاصُ حتى يَقْدَمَ الغائِبُ ، ويخْتارَ القِصاصَ ، أو يُوَكِّلَ ، ويبلغَ الصبيُّ ويُفِيقَ المَجْنونُ ويَخْتاراه . وقوله[١٨] : إذا كان المقتولُ حُرًّا مُسْلمًا . يعنى مكافِئًا للقاتِلِ ، / فإذا كان القاتلُ حُرًّا مُسلِمًا. اشْتُرِطَ كَوْنُ المَقْتُولِ حُرًّا مُسْلِمًا لتَتَحَقَّقَ[١٩] المُكافأةُ بينهما ، فإنَّ[٢٠] الكافِرَ لا يُكافِئُ المُسْلِمَ ، والعَبْدَ لا يُكافِئُ الحُرَّ .

٩/٧ ظ

فصل : وأجْمَعَ أهلُ العلمِ ، على أنَّ الحُرَّ المسلمَ يُقادُ به قاتِلُه ، وإن كان مُجَدَّعَ الْأَطْرافِ ، مَعْدُومَ الحَوَاسِّ ، والقاتلُ صَحِيحٌ سَوِيُّ الخَلْقِ ، أو كان بالعَكْسِ . وكذلك إن[٢١] تَفاوتا فى العِلْمِ والشَّرَفِ ، والغِنَى والفَقْرِ ، والصِّحَّةِ والمَرَضِ ، والقُوَّةِ والضَّعْفِ ، والكِبَرِ والصِّغَرِ ، والسُّلْطانِ والسُّوقَةِ ، ونحوِ هذا من الصِّفاتِ ، لم يَمْنَعِ القِصاصَ ، بالاتِّفاقِ ، وقد دَلَّتْ عليه العُمُوملتُ التى تَلَوْناها ، وقولُ النَّبِىِّ ﷺ :

---

(١٢) فى مصادر التخريج : « عمدا » .

(١٣) فى : باب من قتل فى عِمِّيَّاء بين قوم ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/ ٤٩٠ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب من قتل بحجر أو سوط ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/ ٣٥ ، وهو ابن ماجه ، فى : باب من حال بين ولى المقتول وبين القود أو الدية ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٦٣ .

(١٤) فى الباب السابق ، كما أخرجه أبو داود ، فى الباب السابق أيضا .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) فى ب : « لشريكه » .

(١٨) فى م : « وقولهم » .

(١٩) فى م : « لتحقق » .

(٢٠) فى م زيادة : « كان » .

(٢١) فى ب : « إذا » .

« الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافأُ[22] دِمَاؤُهُمْ »[23] . ولأنَّ اعْتِبارَ التَّساوِى فى الصِّفاتِ والفضائِلِ ، يُفْضِى إلى إسْقاطِ القِصاصِ بالكُلِّيَّةِ ، وفَواتِ حِكْمةِ الرَّدْعِ والزَّجْرِ ، فوَجَبَ أن يَسْقُطَ اعْتِبارُه ، كالطُّولِ والقِصَرِ ، والسَّوادِ والبَياضِ .

فصل : ولا يُشْتَرطُ فى وُجُوبِ القِصاصِ كونُ القَتْلِ فى دارِ الإسْلامِ ، بل متى قَتَلَ فى دارِ الحَرْبِ مُسْلِمًا عامِدًا عالمًا بإسْلامِهِ ، فعليه القَوَدُ ، سواءٌ كان قد هاجَرَ أو لم يُهاجِرْ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجبُ القِصاصُ بالقَتْلِ فى غيرِ دارِ الإسلامِ ، فإنْ لم يكُن المقتولُ هاجَرَ ، لم يَضْمَنْه بِقصاصٍ ولا دِيَةٍ ، عَمْدًا قتَلَه أو خطأً ، وإن كان قد هاجَرَ ، ثم عاد إلى دارِ الحَرْبِ ، كرَجُلينِ مُسْلِمَيْنِ دَخَلا دارَ الحَرْبِ بأمَانٍ ، فقَتَلَ أحَدُهما صاحِبَه ، ضَمِنَه بالدِّيَةِ ، ولم يَجب القَوَدُ . وحُكِىَ عن أحمدَ روايةٌ كقولِه . ولو قَتَلَ رَجُلًا أسِيرًا مُسْلِمًا فى دارِ الحَرْبِ ، لم يَضْمَنْه إلَّا بالدِّيَةِ ، عَمْدًا قتَلَه أو خَطأً . ولَنا ، ما ذكَرْنا من الآياتِ والأخْبارِ ، ولأنَّه قَتَلَ من يُكافِئُه عَمْدًا ظُلْمًا ، فوَجَبَ عليه القَوَدُ ، كما لو قَتَلَه فى دارِ الإسلامِ ، ولأنَّ كلَّ دارٍ يجبُ فيها القِصاصُ إذا كان فيها إمامٌ ، يجِبُ وإن لم يكُنْ فيها إمامٌ ، كدَارِ الإسْلامِ .

فصل : وقَتْلُ الغِيلَةِ وغيرُه سَواءٌ فى القِصاصِ والعَفْوِ ، وذلك للوَلِىِّ دُونَ السلطانِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالكٌ : الأمْرُ عندنا أن يُقْتَلَ به ، وليس لوَلِىِّ الدَّمِ أن يَعْفُوَ عنه ، وذلك إلى السُّلْطانِ . / والغِيلَةُ عنده ، أن يُخْدَعَ الإنسانُ ، فيُدْخَلَ بيتًا أو نحوَه ، فيُقْتَلَ أو يُؤْخَذَ مالُه . ولعَلَّه يَحْتَجُّ بقول عمرَ ، فى ٩/٨و

(٢٢) فى الأصل ، ا ، م : « تكافأ » .

(٢٣) أخرجه البخارى ، فى : باب حرم المدينة ، من كتاب فضائل المدينة ، وفى : باب ذمة المسلمين ، من كتاب الجزية ، وفى : باب إثم من تبرأ من مواليه ، من كتاب الفرائض ، وفى : باب ما يكره من التعمق والتنازع فى العلم ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ٣/٢٦ ، ٤/١٢٢ ، ٨/١٩٢ ، ٩/١٢٠ . ومسلم ، فى : باب فضل المدينة ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢/٩٩٩ . وأبو داود ، فى : باب تحريم المدينة ، من كتاب المناسك ، وفى : باب أيقاد المسلم بالكافر ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ١/٤٦٩ ، ٢/٤٨٨ . والنسائى ، فى : باب القود بين الأحرار والمماليك فى النفس ، وباب سقوط القود من المسلم للكافر ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/١٨ ، ٢١ ، ٢٢ . وابن ماجه ، فى : باب المسلمون تتكافأ دماؤهم ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/١١٩ ، ١٢٢ ، ١٢٦ ، ١٥١ ، ٢/١٨٠ ، ١٩٢ ، ٢١١ ، ٢١٥ ، ٣٩٨ .

الذى قُتِلَ غِيلةً : لو تَمالأَ عليه[24] أهلُ صَنْعاءَ لأَقَدْتُهم[25]. به[26] وبِقِياسِه على المُحارِبِ . ولَنا ، عُمومُ قولِه تعالى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا ﴾[27] . وقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « فَأَهْلُه بَيْنَ خِيرَتَيْنِ »[28] . ولأنَّه قَتِيلٌ فى غيرِ المُحارَبةِ ، فكان أمْرُه إلى وَلِيِّه ، كسائرِ القَتْلَى ، وقولُ عمرَ : لأَقَدْتُهم به[26] . أى أمْكَنْتُ الوَلِىَّ من اسْتِيفاءِ القَوَدِ منهم .

فصل : وإذا قَتَلَ رَجُلًا ، وادَّعَى أنَّه وَجَدَه مع امْرأتِه ، أو أنَّه قَتَلَه دَفْعًا عن نَفْسِه ، أو أنَّه دخَلَ مَنْزلَه يكُابِرُه على مالِه ، فلم يَقْدِرْ على دَفْعِه إلَّا بقَتْلِه ، لم يُقْبَلْ قولُه إلَّا بِبيِّنَةٍ ، ولَزِمَه القِصاصُ . رُوِىَ نحوُ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . [29]وبه قال الشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . ولا أعلمُ فيه مُخالِفًا ، وسَواءٌ وُجِدَ فى دارِ القاتلِ ، أو فى غيرِها ، أو وُجِدَ معه سِلاحٌ ، أو لم يُوجَدْ ؛ لما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه[29] ، أنَّه سُئِلَ عَمَّنْ وَجَدَ مع امْرَأتِه رَجُلًا فقتَلَه ، فقال : إن لم يَأْتِ بأرْبَعةِ شُهَداءَ ، فلْيُعْطِ بِرُمَّتِه[30] . ولأنَّ الأصْلَ عَدَمُ ما يَدَّعِيه ، فلا يَثْبُتُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . وإن اعْتَرَفَ الوَلِىُّ بذلك ، فلا قِصاصَ

---

(24) فى الأصل ، ب : « عليها » .

(25) فى م : « لاقتدتهم » .

(26) فى الأصل : « بها » .

وأخرجه البخارى ، فى : باب إذا أصاب قوم من رجل ... ، من كتاب الديات . صحيح البخارى 9/10 ، والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الغيلة والسحر ، من كتاب العقول . الموطأ 2/871 . والدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى 3/202 ، وعبد الرزاق ، فى : باب النفر يقتلون الرجل ، من كتاب العقول . المصنف 9/476 . وانظر : نصب الراية 4/353 .

(27) فى ب بعده : ﴿ فلا يسرف فى القتل ﴾ .

(28) انظر ما تقدم فى صفحة 448 ، 458 .

(29 - 29) سقط من : ب . نقل نظر .

(30) أخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل يجد مع امرأته الرجل فيقتله ، من كتاب الأشربة والحد فيها . السنن الكبرى 8/337 . وعبد الرزاق ، فى : باب الرجل يجد على امرأته رجلا ، من كتاب العقول . المصنف 9/433 ، 434 .

وابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يجد مع امرأته رجلا فيقتله ، من كتاب الديات . المصنف 9/403 .

وأعطى برمته : أى بجملته .

عليه ولا دِيَةَ ؛ لما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كان يومًا يتغَدَّى ، إذْ جاءَه رجلٌ يَعْدُو ، وفى يَدِه سيفٌ مُلَطَّخٌ بالدَّمِ ، ووراءَه قومٌ يَعْدُونَ خَلْفَه ، فجاء حتى جَلَسَ مع عمرَ ، فجاء الآخَرُون ، فقالوا : يا أميرَ المؤمنينَ ، إنَّ هذا قَتَلَ صاحِبَنَا . فقال له عمرُ : ما يقولون ؟ فقال : يا أميرَ المؤمنينَ ، إنِّى ضَرَبْتُ فَخِذَىِ امْرَأتِى ، فإن كان بينهما أحَدٌ فقد قَتَلْتُه . فقال عمرُ : ما يقولُ ؟ قالوا : يا أميرَ المؤمنين ، إنَّه ضَرَبَ بالسَّيْفِ ، فوَقَعَ فى وَسطِ [31]الرَّجُلِ و[31] فَخِذَىِ المرأةِ . فأخَذَ عمرُ سَيْفَه فهَزَّه ، ثم دَفَعَه إليه ، وقال : إن عادُوا فعُدْ . روَاه سعيدٌ فى « سُنَنِه »[32] . ورُوِىَ عن الزُّبَيْرِ ، أنَّه كان يومًا قد تَخَلَّفَ[33] عن الجَيْشِ ، ومعه جارِيةٌ له ، فأتاهُ رَجُلانِ فقالا : أَعْطِنَا شيئًا . فألْقَى إليهما طعامًا كان معه ، فقالا : خَلِّ عن الجارِيةِ . فضَرَبَهما بسَيْفِه ، فقَطَعَهما بضربةٍ واحدةٍ[34] . ولأنَّ الخَصْمَ اعْتَرَفَ بما يُبيحُ / قَتْلَه ، فسَقَطَ حَقُّه ، كما لو أقَرَّ بقَتْلِه قِصاصًا ، أو فى حَدٍّ يُوجِبُ قَتْلَه . وإن ثَبَتَ ذلك بِبَيِّنَةٍ ، فكذلك .

٩/٨ظ

١٤١٨ – مسألة ؛ قال : (**وشِبْهُ الْعَمْدِ مَا ضَرَبَهُ بِخَشَبَةٍ صَغِيرَةٍ ، أَوْ حَجَرٍ صَغِيرٍ ، أَوْ لَكَزَهُ ، أو فَعَلَ بِهِ فِعْلًا ، الأَغْلَبُ مِنْ ذٰلِكَ الْفِعْلِ أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ مِثْلُهُ ، فَلَا قَوَدَ فِى هٰذَا ، والدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ**)

شِبْهُ العَمْدِ أحدُ أقسامِ القَتْلِ ، وهو أن يَقْصِدَ ضَرْبَه بما لا يَقْتُلُ غالبًا ؛ إمَّا لِقَصْدِ العُدْوانِ عليه ، أو لقَصْدِ التَّأْدِيبِ له ، فيُسْرِفُ فيه ، كالضَّرْبِ بالسَّوْطِ ، والعَصَا ، والحَجَرِ الصَّغِيرِ ، والوَكْزِ باليَدِ[1] ، وسائرُ ما لا يَقْتُلُ غالبًا إذا قَتَلَ ، فهو شِبْهُ عَمْدٍ ؛ لأنَّه قَصَدَ الضَّرْبَ دُونَ القَتْلِ ، ويُسَمَّى عَمْدَ الْخَطإِ وخَطأَ العَمْدِ ؛ لاجْتِماعِ العَمْدِ

(٣١ – ٣١) سقط من : ب ، م .

(٣٢) لم نجده فيما بين أيدينا من سنن سعيد . وانظر : إرواء الغليل ٧/٢٧٤ .

(٣٣) فى ب : « خلف » .

(٣٤) انظر : الأخبار الموفقيات ٣٨٢ .

(١) فى ب ، م : « واليد » .

والخَطَإِ فيه ، فإنَّه عَمَدَ الفِعْلَ ، وأخْطَأَ فى القَتْلِ ، فهذا لا قَوَدَ فيه . والدِّيَةُ على العاقِلَةِ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وجَعَلَه مالكٌ عَمْدًا مُوجِبًا للقِصاصِ ؛ لأنَّه[2] ليس فى كتابِ اللهِ إلَّا العَمْدُ والخَطأُ ، فمَن زاد قِسْمًا ثالثًا ، زاد على النَّصِّ ، ولأنَّه قَتَلَه بِفِعْلٍ عَمَدَه ، فكان عَمْدًا ، كما لو غَرَزَه بإبْرةٍ فقَتَله . وقال أبو بكرٍ من أصحابِنا : تجبُ الدِّيةُ فى مالِ القاتلِ . وهو قولُ ابنِ شُبْرُمَةَ ؛ لأنَّه مُوجَبُ فِعْلٍ عَمْدٍ ، فكان فى مالِ القاتلِ ، كسائرِ الجناياتِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : اقْتَتَلَتِ امْرأتانِ من هُذَيْلٍ ، فَرَمَتْ إحْدَاهُمَا الأُخْرَى بحَجَرٍ ، فقَتَلَتْها وما فى بَطْنِها ، فقَضَى النَّبىُّ ﷺ أنَّ دِيَةَ جَنِينِها عَبْدٌ أو وَلِيدةٌ ، وقَضَى بدِيَةِ المرأةِ على عاقِلَتِها . مُتَّفَقٌ عليه[3] . فأوْجَبَ دِيَتَها على العاقلةِ ، والعاقلةُ لا تَحْمِلُ عَمْدًا ، وأيضًا قولُ النَّبىِّ ﷺ : « أَلَا[4] إنَّ فِى قَتِيلِ خَطَإِ الْعَمْدِ ، قَتِيلِ السَّوْطِ والعَصَا والحَجَرِ ، مِائةً مِنَ الإِبِلِ »[5] . وفى لفظٍ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « عَقْلُ شِبْهِ العَمْدِ مُغَلَّظٌ ، مِثْلُ عَقْلِ العَمْدِ ، وَلَا يُقْتَلُ صَاحِبُهُ » . رواه أبو داودَ[6] . وهذا نَصٌّ ، وقولُه هذا قِسْمٌ ثالثٌ . قُلْنا : نعم ، هذا ثَبَتَ بالسُّنَّةِ ، والقِسْمانِ الأوَّلان ثَبَتا بالكِتابِ ، ولأنَّه قَتْلٌ لا يُوجِبُ القَوَدَ ، فكانت دِيَتُه على العاقلةِ ، كقَتْلِ الخَطَإِ .

١٤١٩ – مسألة ؛ قال : (والْخَطأُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ أحدُهُمَا أنْ يَرْمِىَ الصَّيْدَ ، أوْ

---

(٢) فى م : « ولأنه » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الكهانة ، من كتاب الطب ، وفى : باب جنين المرأة ، وباب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ١٧٥/٧ ، ١٤/٩ ، ١٥ . ومسلم ، فى : باب دية الجنين ... ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ١٣٠٩/٣ ، ١٣١٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٤٩٨/٢ ، ٤٩٩ . والنسائى ، فى : باب دية جنين المرأة ، من كتاب القسامة . المجتبى ٤٢/٨ ، ٤٣ . وابن ماجه ، فى : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٢/٢ . والدارمى ، فى : باب دية الخطأ على من هى ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ١٩٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٧٤/٢ ، ٥٣٥ .

(٤) فى م : « لا » .

(٥) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٤٧ .

(٦) فى : باب ديات الأعضاء ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٤٩٦/٢ .

٩/٩و **يَفْعَلَ مَا يَجُوزُ لَهُ فِعْلُه ، فَيَئُولَ إِلَى إِتْلَافِ حُرٍّ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، فَتَكُونَ / الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِه ، وَعَلَيْهِ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)**

وجُمْلَتُه أنَّ الْخَطَأَ أن يَفْعَلَ فِعْلًا لا يُرِيدُ به إصابةَ المَقْتُولِ ، فيُصِيبَه ويَقْتُلَه ، مثل أن يَرْمِىَ صَيْدًا أو هَدَفًا ، فيُصِيبَ إنسانًا فيَقْتُلَه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ ، أنَّ القَتْلَ الخطأَ ، أن يَرْمِىَ الرَّامِى شيئًا ، فيُصِيبَ غيرَه ، لا أعْلَمُهم يختلفونَ فيه . هذا قولُ عمرَ بن عبد العزيزِ ، وقَتادةَ ، والنَّخَعِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىِّ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . فهذا الضَّرْبُ من الخطإِ تجبُ به الدِّيَةُ على العاقِلَةِ ، والكَفَّارةُ فى مالِ القاتِلِ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . والأصلُ فى وُجُوبِ الدِّيَةِ والكَفَّارةِ ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾[1] . وسَواءٌ كان المقتولُ مُسْلِمًا أو كافرًا له عَهْدٌ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾[1] . ولا قِصاصَ فى شىءٍ من هذا ؛ لأنَّ الله تعالى أوْجَبَ به الدِّيَةَ ، ولم يَذْكُرْ قِصاصًا ، وقال النَّبِىُّ ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِى الْخَطَأُ ، وَالنِّسْيَانُ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْه »[2] . ولأنه لم يُوجِبِ القِصاصَ فى عَمْدِ الخَطَإِ ، ففى الخَطَإِ أوْلَى .

فصل : وإن قَصَدَ فِعْلًا مُحَرَّمًا ، فقَتَلَ آدَمِيًّا ، مثل أن يَقْصِدَ قَتْلَ بَهِيمةٍ ، أو آدَمِيًّا معْصُومًا ، فيُصِيبَ غيرَه ، فيَقْتُلَه ، فهو خَطَأٌ أيضًا ؛ لأنَّه لم يَقْصِدْ قَتْلَه . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وكذلك قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نحفظُ عنه من أهلِ العلمِ ، على أنَّ القَتْلَ الخَطَأَ ، أن يَرْمِىَ الرَّامِى شيئًا ، فيُصِيبَ غيرَه . ويَتَخَرَّجُ على قولِ أبى بكرٍ ، أنَّ هذا عَمْدٌ ؛ لِقَوْلِه فى من رَمَى نَصْرانِيًّا ، فلم يَقَعْ به السَّهْمُ حتى أسْلَمَ ، أنَّه عَمْدٌ يَجِبُ به القِصاصُ ؛ لكَوْنِه قَصَدَ فِعْلًا مُحَرَّمًا ، قَتَلَ به إنْسانًا .

---

(١) سورة النساء ٩٢ .

(٢) تقدم تخريجه ، فى : ١٤٦/١ .

١٤٢٠ – مسألة ؛ قال : (والضَّرْبُ الثَّانِى ، أنْ يَقْتُلَ فِى بِلَادِ الرُّومِ مَنْ عِنْدَهُ أَنَّه كافِرٌ ، ويَكُونُ قَدْ أسْلَمَ ، وكَتَمَ إسْلامَهُ ، إلَى أن يَقْدِرَ عَلَى التَّخَلُّصِ [١] إلَى أرْضِ الإسْلَامِ ، فَيَكُونَ عَلَيْهِ فِى مَالِه عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنةٍ ، بِلَا دِيَةٍ ؛ لِقَوْلِ اللهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [٢])

هذا الضَّرْبُ الثانى من الخطإ ، وهو أن يقْتلَ فى دارِ [٣] / الحَرْبِ مَنْ يَظُنُّه كافِرًا ، ويكونُ مُسْلِمًا . ولا خِلافَ فى أنَّ هذا خَطَأٌ ، لا يُوجِبُ قِصاصًا ؛ لأنَّه لم يَقْصِدْ قَتْلَ مُسْلِمٍ ، فأشْبَهَ ما لو ظَنَّه صَيْدًا فبانَ آدَمِيًّا ، إلَّا أنَّ هذا لا تَجِبُ به [٤] دِيَةٌ أيضًا ، ولا يَجِبُ إلَّا الكَفَّارةُ . رُوِىَ [٥] هذا عن ابنِ عباسٍ . وبه قال عَطاءٌ ، ومُجاهِدٌ ، وعِكْرِمةُ ، وقَتادةُ ، والأَوْزاعىُّ ، والثورىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو حنيفةَ . وعن أحمدَ ، رِوايةٌ أُخْرَى ، تَجِبُ به الدِّيَةُ والكَفَّارةُ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ [٢] . وقال عليه السلام : « أَلَا إنَّ فى قَتِيلِ خَطَإِ العَمْدِ ، قَتِيلِ السَّوْطِ والْعَصَا ، مِائَـةً مِنَ الإبِلِ » [٦] . ولأنَّه قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَأً ، فوَجَبَتْ دِيَتُه ، كما لو كان فى دارِ الإسْلامِ . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ . ولم يَذْكُرْ دِيَةً ، وتَرْكُه ذِكْرَها فى هذا القِسْمِ ، مع ذِكْرِها فى الذى قبلَه وبعدَه ، ظاهِرٌ فى أنَّها غيرُ واجبةٍ ، وذِكْرُه لهذا [٧] قِسْمًا مُفْرَدًا ، يَدُلُّ على أنَّه لم يَدْخُلْ فى عُمُومِ الآية التى احْتَجُّوا بها ، ويُخَصُّ بها عُمومُ الخبرِ الذى رَوَوْهُ .

٩/٩ ظ

١٤٢١ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ)

---

(١) فى ب : « التخليص » .
(٢) سورة النساء ٩٢ .
(٣) فى ب ، م : « أرض » .
(٤) فى ب : « فيه » .
(٥) فى م : « وروى » .
(٦) تقدم تخريجه ، فى : ٦/٢٤٠ .
(٧) فى ب : « هذا » .

أكثرُ أهلِ العلمِ لا يُوجِبُونَ على مسلمٍ قِصاصًا بقَتْلِ كافرٍ ، أيَّ كافرٍ كان . رُوِيَ ذلك عن عمرَ ، وعثمانَ ، وعليٍّ ، وزيدِ بن ثابتٍ ، ومعاويةَ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . وبه قال عمرُ بن عبد العزيزِ ، وعَطاءٌ ، والحسنُ ، وعِكْرِمةُ ، والزُّهْرِيُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشَّافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال النَّخَعِيُّ ، والشَّعْبِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ : يُقْتَلُ المسلمُ بالذِّمِّيِّ خاصَّةً . قال أحمدُ : الشَّعْبِيُّ والنَّخَعِيُّ قالا : دِيَةُ المَجُوسِيِّ واليَهُودِيِّ والنَّصْرانِيِّ ، مثلُ دِيَةِ المسلمِ ، وإن قَتَلَه يُقْتَلُ به . هذا عَجَبٌ ، يَصِيرُ المَجُوسِيُّ مثلَ المُسْلِمِ ، سُبْحانَ اللهِ ، ما هذا القول ! واسْتَبْشَعَه . وقال : النَّبِيُّ ﷺ يقول : « لا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بكافرٍ »[1] . وهو يقول : يُقْتَلُ بكافرٍ . فأيُّ شيءٍ أشَدُّ من هذا ! واحْتَجُّوا بالعُمُوماتِ التي ذكَرْناها في [2]أوَّلِ البابِ[2] ، وبما رَوَى ابن البَيْلَمانِيِّ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، أَقَادَ مُسْلِمًا بذِمِّيٍّ ، وقال : « أَنَا أَحَقُّ مَنْ وَفَى[3] بِذِمَّتِهِ »[4] . ولأنَّه مَعْصومٌ عِصْمةً مُؤَبَّدةً ، فيُقْتَلُ به / قاتِلُه ، كالمُسْلِمِ . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ تَتَكافَأُ دِماؤُهُمْ ، ويَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أدْناهُم ، ولَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بكافرٍ » . روَاه الإمامُ أحمدُ ، وأبو داودَ[5] . وفي لفظٍ : « لا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بكافرٍ » .

٩/١٠و

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم ، وفى : باب فكاك الأسير ، من كتاب الجهاد والسير ، وفى : باب العاقلة ، وباب لا يقتل المسلم بالكافر ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ١/٣٨ ، ٤/٤٨ ، ٩/١٤ ، ١٦ . وأبو داود ، فى : باب أيقاد المسلم بالكافر ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٨٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ٦/١٨١ . والنسائى ، فى : باب القود بين الأحرار والمماليك فى النفس ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/١٨ . والدارمى ، فى : باب لا يقتل مسلم بكافر ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ٢/١٩٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٧٩ .

(٢ - ٢) سقط من : ب .

(٣) فى الأصل زيادة : « بعهده و » .

(٤) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ٣/١٣٥ . والبيهقى ، فى : باب بيان ضعف الخبر الذى روى فى قتل المؤمن بالكافر وما روى عن الصحابة فى ذلك ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٨/٣٠ ، ٣١ . والإمام الشافعى ، انظر : كتاب الديات . ترتيب المسند ٢/١٠٥ . وعبد الرزاق ، فى : باب قود المسلم بالذمى ، من كتاب العقول . المصنف ١٠/١٠١ .

(٥) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٦٠ .

رواه البُخاريُّ ، وأبو داودَ . وعن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عنه أنَّه[6] قال : من السُّنَّةِ أنْ لا يُقْتَلَ مُسْلِمٌ بكافرٍ . رواه الإمامُ أحمدُ[7] . ولأنَّه مَنْقوصٌ بالكُفْرِ ، فلا يُقتَلُ به المُسْلِمُ ، كالمُسْتَأْمنِ ، والعموماتُ مَخْصُوصاتٌ بحديثِنا ، وحديثُهم ليس له إسنادٌ . قالَه أحمدُ . وقال الدَّارَقُطْنِيُّ : يَرْويه ابن البَيْلَمانِيِّ ، وهو ضعيفٌ إذا أَسْنَدَ ، فكيف إذا أَرْسَلَ[8] ؟ والمعنى فى المُسْلِمِ أنَّه مكافِئٌ للمُسْلِمِ ، بخلافِ الذِّمِّيِّ ، فأمَّا المُسْتَأْمنُ ، فوافَقَ أبو حنيفةَ الجماعةَ فى أنَّ المُسْلِمَ لا يُقادُ به ، وهو المشهورُ عن أبى يوسفَ . وعنه : يُقْتَلُ به ؛ لما سَبَقَ فى الذِّمِّيِّ . ولَنا ، أنَّه ليس بمَحْقُونِ الدَّمِ على التَّأْبِيدِ ، فأشْبَهَ الحَرْبِيَّ ، مع ما ذكَرْنا من الدَّلِيلِ فى التى قبلَها .

فصل : فإن قَتَلَ كافرٌ كافِرًا ثم أسْلَم القاتلُ ، أو جَرَحَه ثم أسْلَمَ الجارحُ ، ومات المجروحُ . فقال أصحابُنا : يُقْتَصُّ منه . وهو قول الشافعيِّ ؛ لأنَّ القِصاصَ عُقوبةٌ ، فكان الاعتبارُ فيها بحالِ وُجُوبِها دُونَ حالِ اسْتِيفائِها ، كالحُدُودِ ، ولأنَّه[9] حَقٌّ وَجَبَ عليه قبلَ إسْلامِه ، فلم يَسْقُطْ بإسْلامِه ، كالدَّيْنِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْتَلَ به . وهو قولُ الأوْزَاعِيِّ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ[10] بكافرٍ » . ولأنَّه مُؤْمِنٌ ، فلا يُقْتَلُ بكافرٍ ، كما لو كان مُؤْمِنًا حالَ قَتْلِه ، ولأنَّ إسْلامَه لو قارَنَ السَّبَبَ ، مَنَعَ عَمَلَه ، فإذا طَرَأَ ، أسَقَطَ[11] حُكْمَه .

فصل : وإن جَرَحَ مُسْلِمٌ كافرًا ، فأسْلَمَ المَجْرُوحُ ، ثم مات مُسْلِمًا بسِرَايةِ

---

(٦) سقط من : م .

(٧) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ١٣٤/٣ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : لا يقتل مسلم بكافر ، من كتاب الديات . المصنف ٢٩٥/٩ . وليس فى المسند . انظر : الإرواء ٢٦٧/٧ .

(٨) انظر موضع تخريج الحديث من سنن الدارقطنى ١٣٥/٣ .

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠) فى الأصل : « مؤمن » . وهى رواية .

(١١) فى م : « سقط » .

الجُرْحِ ، لم يُقْتَلْ به قاتِلُه ؛ لأنَّ التَّكافُؤَ مَعْدُومٌ حالَ الجنايةِ ، وعليه دِيَةُ مُسْلِمٍ ؛ لأنَّ اعتبارَ الأَرْشِ بحالةِ اسْتِقرارِ الجنايةِ ، بدليلِ ما لو قطَعَ يَدَىْ رَجُلٍ ورِجْلَيْه ، فسَرَى إلى نَفْسِه ، ففيه[12] دِيَةٌ واحدةٌ ، ولو اعْتُبِرَ حالَ الجُرْحِ ، وَجَبَ دِيَتانِ ، ولو قطَعَ حُرٌّ يَدَ عَبْدٍ ، ثم عَتَقَ ومات ، لم يَجِبْ قِصاصٌ ؛ لعَدَمِ التكافُؤِ[13] حالَ الجنايةِ ، وعلى الجانى دِيَةُ حُرٍّ اعْتبارًا بحالِ الاسْتِقرارِ . وهذا قولُ ابنِ حامِدٍ ، ومذهبُ[14] الشافعىِّ . / 10/9ظ وللسَّيِّدِ أقلُّ الأمْرَيْنِ ، مِن نِصْفِ قِيمَتِه ، أو نصفِ دِيَةِ حُرٍّ ، والباقى لِوَرَثَتِه ؛ لأنَّ نِصْفَ قِيمَتِه إن كانت أقلَّ ، فهى التى وُجِدَتْ فى مِلْكِه ، فلا يكونُ له أكْثَرُ منها ؛ لأنَّ الزائدَ حَصَلَ بحُرِّيَّتِه ، ولا حَقَّ له فيما حَصَلَ بها ، وإن كان الأقلَّ الدِّيَةَ ، لم يَسْتَحِقَّ أكْثَرَ منها ؛ لأنَّ نَقْصَ القِيمةِ حصلَ بسَبَبٍ من جهةِ السَّيِّدِ ، [15]وهو إعْتاقُه[15] . وذكَرَ القاضى ، أنَّ أحمدَ نَصَّ ، فى رِوايةِ حَنْبَلٍ ، فى مَن فَقَأَ عَيْنَىْ عَبْدٍ ، ثم أُعْتِقَ ومات ، أنَّ على[13] الْجانِى قِيمَتَه للسَّيِّدِ . وهذا يَدُلُّ على أنَّ الاعتبارَ بحالِ الجنايةِ . وهذا اخْتيارُ أبى بكرٍ ، والقاضِى ، وأبى الخَطَّابِ . قال أبو الخَطَّاب : مَنْ قَطَعَ يَدَ ذِمِّىٍّ ، ثم أسْلَمَ ومات ، ضَمِنَه بدِيَةِ ذِمِّىٍّ ، ولو قطَعَ يَدَ عبدٍ ، فأعْتَقَه سَيِّدُه ومات ، فعلى الجانِى قِيمَتُه للسَّيِّدِ ؛ لأنَّ حُكْمَ القِصاصِ مُعْتَبَرٌ بحالِ الجنايةِ ، دُونَ حالِ السِّرايةِ ، فكذلك الدِّيَةُ . والأَوَّلُ أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّ سِرَايةَ الجُرْحِ مَضْمُونةٌ ، فإذا أتْلَفَتْ[16] حُرًّا مُسْلِمًا ، وَجَبَ ضَمانُه بدِيَةٍ كاملةٍ ، كما لو قَتَلَه بجُرْحٍ ثانٍ . وقولُ أحمدَ ، فى من فَقَأَ عَيْنَىْ عَبْدٍ : عليه قِيمَتُه للسَّيِّدِ . لا خِلافَ فيه ، وإنَّما الخلافُ فى وُجُوبِ الزّائِدِ على القِيمةِ من دِيَةِ الحُرِّ للوَرَثةِ ، ولم يَذْكُرْه أحمدُ . ولأنَّ الواجِبَ مُقَدَّرٌ بما تُفْضِى إليه السِّرايةُ ، دُونَ ما تُتْلِفُه الجِنايةُ ، بدَلِيلِ أنَّ من قُطِعَتْ يَداهُ[17] ورِجْلاه ، فسَرَى القَطْعُ إلى نَفْسِه ،

---

(12) سقط من : م .

(13) فى ب زيادة : « فى » .

(14) فى م : « وهو مذهب » .

(15 - 15) فى م : « وإعتاقه » .

(16) فى ب : « أتلف » .

(17) فى ب : « يده » .

لم يَلْزَمِ الجانِيَ أكثرُ من دِيَةٍ ، ولو قَطَع إصْبَعًا ، فسَرَى إلى نَفْسِه ، لوَجَبَتِ الدِّيَةُ كاملةً ، فكذلك إذا سَرَتْ إلى نَفْسِ حُرٍّ مُسْلِمٍ ، تَجِبُ دِيَتُه كاملةً . فأمَّا إن جَرَحَ مُرْتَدًّا ، أو حَرْبِيًّا ، فسَرَى الجُرْحُ إلى نَفْسِه ، فلا قِصاصَ فيه ولا دِيَةَ ، سواءٌ أسْلَم قبلَ السِّرايةِ أو لم يُسْلِمْ ؛ لأنَّ الجُرْحَ غيرُ مَضْمُونٍ ، فلم يَضْمَنْ سِرايَتَه ، بخلافِ التى قبلَها .

فصل : ولو قَطَعَ يَدَ مُسْلِمٍ فارْتَدَّ ، ثم مات بسِرايةِ الجُرْحِ ، لم يَجِبْ فى النَّفْسِ قِصاصٌ ولا دِيَةٌ ولا كَفَّارةٌ ؛ لأنَّها نَفْسُ مُرْتَدٌّ غيرِ مَعْصُومٍ ولا مَضْمُونٍ ، وكذلك لو قَطَعَ يَدَ ذِمِّيٍّ فصارَ حَرْبِيًّا ، ثم مات من جِرَاحِه . وأمَّا اليَدُ ، فالصَّحيحُ أنَّه لا قِصاصَ فيها . وذكَر[18] القاضى وَجْهًا فى وُجُوبِ القِصاصِ فيها ؛ لأنَّ القَطْعَ اسْتَقَرَّ / حُكْمُه بانْقِطاعِ حُكْمِ سِرايَتِه ، فأشْبَهَ ما لو قَطَعَ طَرَفَه ثم قَتَلَه ، أو جاءَ آخرُ فقَتَلَه ، وللشافِعِىِّ فى وُجُوبِ القِصاصِ قَوْلان . ولَنا ، أنَّه قَطْعٌ هو قَتْلٌ[19] لم يَجِبْ به القَتْلُ ، فلم يجبِ القطعُ ، كما لو قَطَعَ من غيرِ مَفْصِلٍ ، وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنَّ القَطْعَ لم يَصِرْ قَتْلًا . وهل تجبُ دِيَةُ الطَّرَفِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا ضَمانَ فيه ؛ لأنَّه تبَيَّنَ أنَّه قَتْلٌ لغيرِ مَعْصُومٍ . والثانى ، تجبُ ؛ لأنَّ سُقُوطَ حُكْمِ سِرَايةِ الجُرْحِ[20] لا يُسْقِطُ ضَمانَه ، كما لو قَطَعَ طَرَفَ رَجُلٍ ، ثم قَتَلَه آخَرُ . فعلى هذا ، هل يجبُ ضَمانُه بدِيَةِ المَقْطُوعِ ، أو بأقَلِّ الأمْرَيْنِ من دِيَتِه أو دِيَةِ النَّفْسِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تجبُ دِيَةُ المَقْطُوعِ ، فلو قَطَعَ يَدَيْه ورِجْلَيْه ، ثم ارْتَدَّ ومات ، ففيه دِيَتانِ ؛ لأنَّ الرِّدَّةَ قَطَعَتْ حُكْمَ السِّرايةِ ، فأشْبَهَ انْقِطاعَ حُكْمِها بانْدِمالِها ، أو بقَتْلِ آخرَ له . والثانى ، يجبُ أقَلُّ الأمْرَيْنِ ؛ لأنَّه[21] لو لم يَرْتَدَّ لم يجبْ أكثرُ من دِيَةِ النَّفْسِ ، فمع الرِّدَّةِ أوْلَى ، ولأنَّه قَطْعٌ صار قَتْلًا ، فلم يجبْ أكثرُ من دِيَةٍ ، كما لو لم يَرْتَدَّ ، وفارَقَ أصْلَ الوَجْهِ الأوَّلِ ، فإنَّه لم يَصِرْ قَتْلًا ، ولأنَّ الانْدِمالَ والقَتْلَ مَنَعَ وُجُودَ السِّرايةِ ، والرِّدَّةَ مَنَعَتْ ضَمانَها ، ولم تَمْنَعْ جَعْلَها قَتْلًا . وللشافعىِّ من التفصيلِ نحوٌ مما قُلْنا .

٩/١١و

---

(١٨) فى الأصل : « وذكره » .

(١٩) فى ب : « قبل » .

(٢٠) فى ب ، م : « الجراح » .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « ولأنه » .

فصل : وإن قَطَعَ مُسْلِمٌ يَدَ نصرَانِىٍّ فتمَجَّسَ ، وقُلْنا : لا يُقَرُّ . فهو كما لو[22] جَنَى على مُسلمٍ فارْتَدَّ . وإن قُلْنا : يُقَرُّ عليه . وَجَبَتْ دِيَةُ مَجُوسِىٍّ . وإن قَطَعَ يَدَ مَجُوسِىٍّ ، فتَنَصَّرَ ، ثم مات ، وقُلْنا : يُقَرُّ . وَجَبَتْ دِيَةُ نَصْرَانِىٍّ . ويجىءُ على قولِ أبى بكرٍ والقاضِى ، أنْ تجبَ دِيَةُ نَصْرَانِىٍّ فى الأُولَى ، ودِيَةُ مَجُوسِىٍّ فى الثانيةِ ، كقولهم فى من جَنَى على عَبْدٍ ذِمِّىٍّ فأسْلَمَ وعَتَقَ ، ثم مات من الجِنايةِ ، ضَمِنَه بقيمةِ عَبْدٍ ذِمِّىٍّ ، اعتبارًا بحالِ الجِنايةِ .

فصل : وإن قَطَعَ يدَ مُسْلِمٍ فارْتَدَّ ، ثم أسْلَمَ ومات ، وَجَبَ القِصاصُ على قاتِله . نَصَّ عليه أحمدُ ، رحمه الله ، فى روايةِ محمدِ بن الحَكَمِ . وقال القاضى : يتَوَجَّهُ عندِى أنَّه إن كان زَمَنُ الرِّدَّةِ تَسْرِى فى مثلِه الجِنايةُ ، لم يجبِ القِصاصُ فى النَّفْسِ . وهل يجبُ فى الطَّرَفِ الذى قُطِعَ فى إسْلامِه ؟ على وَجْهَيْن . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ القِصاصَ يجبُ بالجِنايةِ والسِّرايةِ كلِّها ، فإذا لم يُوجَدْ / جميعُها فى الإسلامِ ، لم يجبِ القِصاصُ ، كما لو جَرَحَه جُرْحَيْنِ ، أحدهما فى الإسلام ، والآخر فى الرِّدَّةِ ، فمات منهما . ولَنا ، أنَّه مُسْلِمٌ حالَ الجِنايةِ والموتِ ، فوَجَبَ القِصاصُ بقَتْلِه ، كما لو لم يَرْتَدَّ ، واحتمالُ السِّرايةِ حالَ الرِّدَّةِ لا يَمْنَعُ ؛ لأنَّها غيرُ معلومةٍ ، فلا يجوزُ تركُ السببِ المعلومِ باحْتمالِ المانعِ ، كما لو لم يَرْتَدَّ ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يموتَ بمَرَضٍ أو بسببٍ آخرَ ، أو بالجَرْحِ[23] مع شىءٍ آخرَ يُؤَثِّرُ فى الموتِ ، فأمَّا الدِّيَةُ ، فتَجبُ كاملةً . ويَحْتَمِلُ وُجوبُ نِصْفِها ؛ لأنَّه مات من جَرْحٍ مَضْمُونٍ وسِرايةٍ غيرِ مَضْمونةٍ ، فوجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ، كما لو جَرَحه إنْسانٌ وجَرَحَ نَفْسَه ، فمات منهما . فأمَّا إن كان زَمَنُ الرِّدَّةِ لا تَسْرِى فى مثلِه الجِنايةُ ، ففِيه الدِّيَةُ أو القِصاصُ . وقال الشافعىُّ ، فى أحَدِ قَوْلَيْه : لا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّه انْتَهَى إلى حالٍ لو ماتَ لم يَجِبِ القِصاصُ . ولَنا ، أنَّهما مُتكافِئانِ حالَ الجِنايةِ والسِّرايةِ والموتِ ، فأشْبَهَ ما

١١/٩ ظ

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) فى ب : « وبالجرح » .

لو[٢٤] لم يَرْتَدَّ . وإن كان الجَرْحُ خَطأً وجبتِ الكَفَّارةُ بكلِّ حالٍ ، لأنَّه فوّتَ نَفْسًا مَعْصومةً .

فصل : وإن جَرَحَه وهو مُسْلِمٌ فارْتَدَّ ، ثم جَرَحه جُرْحًا آخرَ ، ثم أسْلَم ومات منهما ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّه مات من جُرْحَيْنِ مَضْمونٍ وغيرِ مَضْمونٍ ، ويجبُ فيه نِصْفُ الدِّيَةِ لذلك . وسواءٌ تَساوَى الجُرْحانِ ، أو زاد أحَدُهما ، مثل أن قَطَعَ يَدَيْه وهو مسلمٌ فارتدَّ ، فقَطَعَ رِجْلَه ، أو كان بالعكسِ ؛ لأنَّ الجُرْحَ فى الحالينِ كجُرْحِ رجلَينِ . وهل يجبُ القِصاصُ فى الطَّرَفِ الذى قَطَعه فى حالِ إسلامِه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِناءً على مَنْ قَطَعَ طرَفَه وهو مُسْلِمٌ ، فارْتَدَّ ومات فى رِدَّتِه . ولو قَطَعَ طرَفَه فى رِدَّتِه أوَّلًا ، فأسْلَم ، ثم قَطَعَ طرَفَه الآخرَ ، ومات منهما ، فالحكمُ فيه كالتى قبلَها .

فصل : ويُقْتَلُ الذمىُّ بالمُسْلِمِ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ قَتَلَ اليَهُودِىَّ الذى رَضَّ رأسَ جارِيةٍ من الأنْصارِ على أوْضاحٍ لها[٢٥] ، ولأنَّه إذا قُتِلَ بمِثْلِه فبِمَنْ فَوْقَه أوْلَى . ويُقْتَلُ الذِّمِّىُّ بالذِّمِّىِّ ، سواءٌ اتَّفَقَتْ أدْيانُهم أو اختلَفتْ . فلو قَتَلَ النَّصْرانِىُّ مَجُوسِيًّا أو يَهُودِيًّا ، / قُتِلَ به . نَصَّ عليه أحمدُ فى النَّصْرانىِّ يُقْتَلُ بالمَجُوسِىِّ إذا قَتَلَه ، قيل : فكيف يُقْتَلُ به ، ودِيَاتُهما[٢٦] مُخْتَلِفَةٌ ؟ فقال : أذهبُ إلى أنَّ النَّبىَّ ﷺ قَتَلَ رجلًا بامْرأةٍ . يعنى أنَّه قَتَلَه بها مع اخْتِلافِ دِيَتِهما ، ولأنهما تَكافئَا فى العِصْمةِ بالذِّمَّةِ ونَقِيصةِ الكُفْرِ ، فجَرَى القِصاصُ بينهما ، كما لو تَساوَى دِينُهما . وهذا مذهبُ الشافعىِّ .

١٢/٩ و

فصل : ولا يُقْتَلُ ذِمِّىٌّ بحَرْبِىٍّ . لا نعلمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه مُباحُ الدَّمِ على الإطْلاقِ ، أشْبَهَ الخِنْزِيرَ ، ولا دِيَةَ فيه لذلك ولا كَفَّارةَ ، ولا يجبُ بقَتْلِ المُرْتَدِّ قِصاصٌ ولا دِيَةٌ ولا كفارةٌ لذلك ، سَواءٌ قَتَلَه مسلمٌ أو ذِمِّىٌّ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعىِّ . وقال بعضُ

---

(٢٤) سقط من : الأصل ، م .

(٢٥) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٤٨ .

(٢٦) فى م : « وديتهما » .

أصحابِ الشافعيِّ : يجبُ القِصاصُ على الذِّمِّيِّ بقَتْلِه ، والدِّيَةُ إذا عَفَا عنه ؛ لأنَّه لا ولايَةَ له في قَتْلِه . وقال بعضُهم : يجبُ القِصاصُ دُون الدِّيَةِ ؛ لأنَّه لا قِيمةَ له . ولَنا ، أنَّه مُباحُ الدَّمِ ، أشْبَهَ الْحَرْبِيَّ ، ولأنَّ مَنْ لا يَضْمَنُه المسلمُ لا يضْمَنُه الذِّمِّيُّ ، كالحَرْبِيِّ .

فصل : وليس على قاتِلِ الزَّانِي المُحْصَنِ قِصاصٌ ولا دِيةٌ ولا كَفَّارةٌ . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشافعيِّ . وحكَى بعضُهم وَجْهًا ، أنَّ على قاتِلِه القَوَدَ ؛ لأنَّ قَتْلَه إلى الإمامِ ، فيجبُ القَوَدُ على مَنْ قَتَلَه سِوَاهُ[27] ، كمَن عليه القِصاصُ إذا قتلَه غيرُ مُسْتَحِقِّه . ولَنا ، أنَّه مُباحُ الدَّمِ ، وقَتْلُه مُتَحَتِّمٌ ، فلم يُضْمَنْ كالحَرْبِيِّ ، ويَبْطُلُ ما قالَه بالمُرْتَدِّ ، وفارَقَ القاتلَ ، فإنَّ قَتْلَه غيرُ مُتَحتِّمٍ . وهو مُسْتَحَقٌّ على طَرِيقِ المُعاوَضةِ ، فاخْتَصَّ بمُسْتَحِقِّه ، وههُنا يجبُ قَتْلُه للهِ تعالى ، فأشْبَهَ المُرْتَدَّ ، وكذلك الحكمُ في المُحارِبِ الذي تَحَتَّمُ قَتْلُه .

فصل : ويُقْتَلُ المُرْتَدُّ بالمسلمِ والذِّمِّيِّ ، ويُقَدَّمُ القِصاصُ على القَتْلِ بالرِّدَّةِ ؛ لأنَّه حَقُّ آدَمِيٍّ . وإن عَفَا عنه وَلِيُّ القِصاصِ ، فله دِيَةُ المَقْتولِ ، فإن أسلمَ المُرْتَدُّ فهي في ذِمَّتِه ، وإن قُتِلَ بالرِّدَّةِ أو مات ، تعلَّقَتْ بمالِه . وإن قَطَعَ طَرَفًا من أحدِهما ، فعليه القِصاصُ فيه أيضًا . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ : لا يُقْتَلُ المُرْتَدُّ بالذِّمِّيِّ ، ولا يُقْطَعُ طَرَفُه بطَرَفِه ؛ لأنَّ أحْكامَ الإسلامِ في حَقِّه باقيةٌ ؛ بدليلِ وُجُوبِ العِباداتِ عليه ، ومُطَالَبتِه بالإسلامِ . ولَنا ، أنَّه كافِرٌ ، فيُقْتَلُ بالذِّمِّيِّ ، كالأَصلِيِّ . وقولُهم : إنَّ أحْكامَ الإسلامِ باقيةٌ . / غيرُ صحيحٍ ، فإنَّه قد زالتْ عِصْمَتُه وحُرْمَتُه ، وحِلُّ نكاحِ المُسْلِماتِ ، وشِراءُ العَبِيدِ المسلمينَ ، وصِحَّةُ العباداتِ وغيرِها ، وأمَّا مُطالَبَتُه بالإسْلامِ ، فهو حُجَّةٌ عليهم ، فإنه يَدُلُّ على تَغْلِيظِ[28] كُفْرِه ، وأنَّه لا يُقَرُّ على رِدَّتِه ؛ لِسُوءِ حالِه ، فإذا قُتِلَ بالذِّمِّيِّ مثلُه فمَن هو دُونَه أَوْلَى .

١٢/٩ ظ

---

(٢٧) في م : « سواء » .

(٢٨) في الأصل : « تغلظ » .

فصل : وإن جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا ، ثم ارْتدَّ ومات المجروحُ ، لم يُقْتَل به ؛ لأنَّ التَّكافُوَ مُشْتَرَطٌ حالَ وُجُودِ الجنايةِ ، ولم يُوجَدْ . وإن قَتَلَ مَنْ يَعْرِفُه ذِمِّيًّا أو عَبْدًا ، وكان قد أسْلَمَ وعَتَقَ ، وَجَبَ القِصاصُ ؛ لأنَّه قَتَلَ مَنْ يكافِئُه عَمدًا عُدْوانًا ، فلَزِمه القِصاصُ ، كما لو عَلِمَ حالَه ، وفارَقَ من عَلِمَه حَرْبِيًّا ؛ لأنَّه لم يَعْمِدْ إلى قَتْلِ مَعْصُومٍ .

١٤٢٢ – مسألة ؛ قال : (وَلَا حُرٌّ بِعَبْدٍ)

ورُوِىَ هذا عن أبى بكرٍ ، وعمرَ ، وعلىٍّ ، وزيدٍ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال الحسنُ ، وعَطاءٌ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، وعِكْرِمةُ ، وعَمْرُو بن دِينارٍ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . (١ورُوِى ذلك عن الشَّعْبِىِّ ، ورُوِىَ١) عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والنَّخَعِىِّ ، وقَتادةَ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، أنَّه يُقْتَلُ به ؛ لعُمُومِ الآياتِ والأخْبارِ ، ولقَوْلِ[2] النَّبِىِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ تَتَكافأُ دِماؤُهُمْ »[3] . ولأنَّه آدَمِىٌّ مَعْصومٌ ، فأشْبَهَ الحُرَّ . ولَنا ، ما رَوَى الإمامُ أحمدُ[4] ، بإسْنادِه عن علىٍّ ، رضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : من السُّنَّةِ أن لا يُقْتَلَ حُرٌّ بعَبْدٍ . (٥وعن ابنِ عبَّاسٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لا يُقْتَلُ حُرٌّ بعَبْدٍ »٥) . رواه الدَّارَقُطْنِىُّ[6] . ولأنَّه لا يُقْطَعُ طَرَفُه بطَرَفِه مع التَّساوِى فى السَّلامةِ ، فلا يُقْتَلُ به ، كالأبِ مع ابْنِه ، ولأنَّ العَبْدَ مَنْقُوصٌ بالرِّقِّ ، فلم يُقْتَلْ به الحُرُّ ، كالمُكاتَبِ إذا مَلَكَ ما يُؤَدِّى ، والعُمُوماتُ مَخْصُوصاتٌ بهذا ، فنَقِيسُ عليه .

(١ – ١) فى ب ، م : « ويروى » .

(٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٦٠ .

(٤) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٦٧ .

كما أخرج هذا الجزء من قول على أيضا البيهقى ، فى : باب لا يقتل حر بعبد ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٨/٣٤ .

(٥ – ٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٦) فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ٣/١٣٣ .

فصل : ولا يُقْتَلُ السَّيِّدُ بعَبْدِه ، في قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وحُكِيَ عن النَّخَعِيِّ وداودَ ، أنَّه يُقْتَلُ به ؛ لما رَوَى قَتادةُ ، عن الحسنِ ، عن سَمُرةَ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْنَاهُ ، وَمَنْ جَدَعَهُ جَدَعْنَاهُ » . رواه سعيدٌ ، والإمامُ أحمدُ ، والتِّرْمِذِيُّ[7] ، وقال : حديثٌ حسنٌ غريبٌ . مع العُمُوماتِ والمعنى في التي قبلَها . /ولَنا ، ما ذكَرْناه في التي قبلَها ، وعن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لو لم أسْمَعْ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « لَا يُقَادُ المَمْلُوكُ مِنْ مَوْلَاهُ ، [8]والولدُ مِنْ وَالِدِه[8] » لأَقَدْتُه منك . رَواه النَّسائِيُّ[9] . وعن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّ رَجُلًا قَتَلَ عبدَه ، فجلَدَه النَّبِيُّ ﷺ مائةَ جَلْدةٍ ، ونَفَاهُ عامًا ، ومَحَا اسْمَه من المُسْلمينَ . رَواه سعيدٌ ، والخَلَّالُ[10] . وقال أحمدُ : ليس بشيءٍ من قِبَلِ إسحاقَ بن أبي فَرْوَةَ . ورَواه عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن أبي بكرٍ وعمرَ ، أنَّهما قالا : مَن قَتَلَ عبدَه ، جُلِدَ مائةً ، وحُرِمَ سَهْمَه مع[11] المسلمينَ[12] . فأمَّا حديثُ سَمُرَةَ ، فلم يَثْبُتْ . قال أحمد : الحَسَنُ لم يَسْمَعْ

١٣/٩و

(٧) أخرجه الإمام أحمد ، في المسند ٥/١٠ - ١٢ ، ١٨ ، ١٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل عبده ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذي ١٨٣/٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٤/٢ . والنسائي ، في : باب القود من السيد للمولى ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب هل يقتل الحر بالعبد ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ . والدارمي ، في : باب القود بين العبد وبين سيده ، من كتاب الديات . سنن الدارمي ١٩١/٢ .

(٨ - ٨) في الأصل ، ب : « والوالد من ولده » .

(٩) لعله في السنن الكبرى ، وأخرجه الحاكم ، في : كتاب الحدود . المستدرك ٣٦٨/٤ . والبيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٣٦/٨ . وأخرج لفظ : « لا يقاد الوالد بالولد » الترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذي ١٧٥/٦ . والإمام أحمد ، في المسند ١٦/١ .

(١٠) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب هل يقتل الحر بالعبد ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ . والبيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٣٦/٨ .

(١١) في ب : « من » .

(١٢) أخرجه البيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٣٧/٨ . وعبد الرزاق ، في : باب الحر يقتل العبد عمدا ، من كتاب العقول . المصنف ٤٩١/٩ .

مِن سَمُرَةَ ، إنَّما هى صَحِيفةٌ . وقال غيرُ[13] أحمدَ : إنَّما سَمِعَ الحسنُ من سَمُرَةَ ثلاثةَ أحاديث ، ليس هذا منها . ولأنَّ الحسنَ أفْتَى بخِلافِه ، فإنَّه يقولُ : لا يُقْتَلُ الحُرُّ بالعَبْدِ . وقال : إذا قَتَلَ السَّيِّدُ عَبْدَه يُضْرَبُ . ومخالَفتُه له تَدُلُّ على ضَعْفِه .

فصل : ولا يُقْطَعُ طَرَفُ الحُرِّ بطَرَفِ العبدِ ، بغير خلافٍ عَلِمْناه بينهم . ويُقْتَلُ العبدُ بالحُرِّ ، ويُقْتَلُ بسَيِّدِه ؛ لأنَّه إذا قُتِلَ بمِثْلِه ، فبِمَنْ هو أكملُ منه أوْلَى ، مع عُمومِ النُّصوصِ الواردةِ فى ذلك . ومتى وَجَبَ القِصاصُ على العبدِ ، فعَفَا وَلِىُّ الجِنايةِ إلى المالِ ، فله ذلك ، ويتَعَلَّقُ أَرْشُها برقَبَتِه ؛ لأنَّه مُوجَبُ جنايَتِه ، فتعَلَّقَ برقَبَتِه ، كالقِصاصِ . ثم إن شاء سَيِّدُه أن يُسَلِّمَه إلى وَلِىِّ الجِنايةِ ، لم يَلْزَمْه أكثرُ من ذلك ؛ لأنَّه سَلَّم إليه ما تعَلَّقَ حَقُّه به . وإن قال وَلِىُّ الجِنايةِ : بِعْهُ ، وادْفَعْ إلىَّ ثَمَنَه . لم يَلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّه لم يتَعَلَّقْ بذِمَّتِه شىءٌ ، وإنَّما تعَلَّقَ بالرَّقَبةِ التى سَلَّمَها ، فبَرِئَ منها . وفيه وجهٌ آخَرُ ، أنَّه يَلْزَمُه ذلك ، كما يلْزَمُه بَيْعُ الرَّهْنِ . وإن امْتَنَعَ من تَسْلِيمِه ، واخْتارَ فِداءَه ، فهل تَلْزَمُه قِيمَتُه أو أَرْشُ الجِنايةِ جميعًا ؟ على رِوَايتَيْنِ ، ذكَرْناهما فى غيرِ هذا الموضعِ . وإن عَفَا عن القِصاصِ ليَمْلِكَ رَقَبَةَ العبدِ ، ففيه روايَتان ؛ إحداهما ، يَمْلِكُه بذلك ؛ لأنَّه يَمْلِكُ إتْلافَه ، فكان مالِكًا[14] له ، كسائرِ أمْوالِه . والثانية ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّه مَحَلٌّ تعَلَّقَ به القِصاصُ ، فلا يَمْلِكُه بالعَفْوِ كالحُرِّ . فعلى هذه الرِّوايةِ ، يتعلَّقُ أَرْشُ الجِنايةِ برقَبَتِه ، كما لو عَفَا على[15] مالٍ ؛ لأنَّ / العِوَضَ الذى عَفَا لأَجْلِه لم يَصِحَّ له ، فكان له عِوَضُه ، كالعُقودِ الفاسِدَةِ . ١٣/٩ ظ

فصل : ويجْرِى القِصاصُ بين العَبِيدِ فى النَّفْسِ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ بن عبد العزيزِ ، وسالمٍ ، والنَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، وقَتادةَ ، والثَّوْرِىِّ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ من شَرْطِ القِصاصِ

---

(١٣) فى الأصل ، م : « عنه » .

(١٤) فى م : « ملكا » .

(١٥) فى الأصل ، ب : « عن » .

تَساوِىَ قِيمَتِهم ، وإن اختلفَتْ قِيمَتُهم لم يَجْرِ بينهم قِصاصٌ . ويَنْبَغِى أن يَخْتَصَّ هذا بما إذا كانتْ قِيمةُ القاتِلِ أكثرَ ، فإن كانتْ أقلَّ فلا . وهذا قولُ عطاءٍ . وقال ابنُ عباسٍ : ليس بين العبيدِ قِصاصٌ ، فى نَفْسٍ ولا جُرْحٍ ؛ لأنَّهم أموالٌ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ ﴾[16] . وهذا نَصٌّ من[17] الكِتابِ ، فلا يجوزُ خِلافُه ، ولأنَّ[18] تَفاوُتَ القِيمةِ كتَفاوُتِ الدِّيَةِ والفَضائِلِ ، فلا يَمْنَعُ القِصاصَ كالعِلْمِ والشَّرَفِ ، والذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ .

فصل : ويَجْرِى القِصاصُ بينهم فيما دُونَ النَّفْسِ . وبه قال عمرُ بن عبد العزيزِ ، وسالمٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وعن أحمدَ ، رِوايةٌ أُخرى : لا يَجْرِى القِصاصُ بينهم فيما دُونَ النَّفْسِ . وهو قولُ الشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الأطْرافَ مالٌ ، فلا يَجْرِى القِصاصُ فيها ، كالبَهائِمِ ، ولأنَّ التَّساوِىَ فى الأطْرافِ مُعْتَبَرٌ فى جَرَيانِ القِصاصِ ، بدليلِ أنَّا لا نأخُذُ الصَّحِيحةَ بالشَّلَّاءِ ، ولا كامِلةَ الأصابعِ بالناقِصَةِ ، وأطْرافُ العَبِيدِ لا تَتَساوَى . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾[19] . الآية ، ولأنَّه أحَدُ نَوْعَىِ القِصاصِ ، فجَرَى بين العَبِيدِ ، كالقِصَاصِ فى النَّفْسِ .

فصل : وإذا وَجَبَ القِصاصُ فى طَرَفِ العبدِ ، وَجَبَ للعبدِ ، وله اسْتِيفاؤُه والعَفْوُ عنه .

فصل[20] : ولو قَتَلَ عبدٌ عبدًا ، ثم عَتَقَ القاتِلُ ، قُتِلَ به . وكذلك لو جَرَحَ عبدٌ

---

(١٦) سورة البقرة ١٧٨ .

(١٧) فى ب : « فى » .

(١٨) سقطت الواو من : م .

(١٩) سورة المائدة ٤٥ .

(٢٠) فى ب زيادة : « قال » .

عبدًا ، ثم عتق الجارحُ ، ومات المجروحُ ، قُتِلَ به ؛ لأنَّ القِصاصَ وَجَبَ ، فلم يَسْقُطْ بالعِتْقِ بعدَه ، ولأنَّ التَّكافُؤَ مَوْجودٌ حالَ وُجودِ الجِنايةِ ، وهى / السَّبَبُ ، فاكْتُفِىَ به . ١٤/٩و

ولو جَرَحَ حُرٌّ ذِمِّىٌّ عبدًا ، ثم لَحِقَ بدارِ الحَرْبِ ، فأُسِرَ واسْتُرِقَّ ، لم يُقْتَلْ بالعبدِ ؛ لأنَّه حينَ وُجُوبِ القِصاصِ حُرٌّ .

فصل : وإذا قَتَلَ عبدٌ عبدًا عَمدًا ، فسَيِّدُ المَقْتولِ مُخيَّرٌ بين القِصاصِ والعَفْوِ ، فإن عَفَا إلى مالٍ، تعَلَّقَ المالُ برَقبةِ القاتلِ ؛ لأنَّه وَجَبَ بجنايَتِه ، وسَيِّدُه مُخَيَّرٌ بين فِدائِه وتَسْلِيمِه ، فإن اخْتارَ فِداءَه ، فَدَاهُ بأقَلِّ الأَمْرَيْنِ من قِيمَتِه أو قِيمةِ المَقْتُولِ ؛ لأنَّه إن كان الأَقَلَّ قِيمَتَه ، لم يَلْزَمْه أكثرُ منها ؛ لأنَّها بَدَلٌ عنه ، وإن كان الأقلُّ قِيمةَ المقتولِ ، فليس لسَيِّدِه أكثرُ منها ؛ لأنَّها بَدَلٌ عنه[٢١] . وعنه رِوايةٌ أُخرَى ، أنَّ سَيِّدَه إن اخْتار فِداءَه ، لَزِمَه أَرْشُ الجِنايةِ ، بالِغًا ما بَلَغ ؛ لأنَّه إذا سَلَّمَه للبَيْعِ ، رُبَّما زاد فيه مُزايِدٌ أكثرَ من قِيمَتِه . فإن قَتَلَ عَشرةُ أعْبُدٍ عبدًا لِرَجُلٍ عمدًا ، فعليهم القِصاصُ ، فإن اخْتارَ السَّيِّدُ قَتْلَهُمْ ، فله قَتْلُهم ، وإن عَفَا إلى مالٍ ، تعلَّقتْ قِيمةُ عبدِه برقابِهِم ، على كلِّ واحدٍ منهم عُشْرُها ، يُباعُ منه بقَدْرِها[٢٢] أو يَفْدِيه سَيِّدُه ، فإن اختار قَتْلَ بعضِهم والعفوَ عن البعضِ كان ذلك له ؛ لأنَّ له قَتْلَ جَمِيعِهم والعفوَ عن جَمِيعِهم . وإن قَتَلَ عبدٌ عبدَيْنِ لرَجُلٍ واحدٍ ، فله قَتْلُه والعَفْوُ عنه ، فإن قَتَلَه ، سَقَطَ حقُّه ، وإن عَفَا إلى مالٍ ، تعلَّقتْ قِيمةُ العبْدَينِ برَقَبَتِه ، فإن كانا لرَجُلَيْنِ فكذلك ، إلَّا أنَّ القاتِلَ يُقْتَلُ بالأَوَّلِ منهما ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ ، فإن عَفَا عنه الأَوَّلُ ، قُتِلَ بالثانى . وإن قَتَلَهُما دَفْعةً واحدةً ، أُقْرِعَ بينَ السَّيِّدَيْنِ ، فأيُّهما خَرَجَتْ له القُرْعةُ ، اقْتَصَّ ، وسَقَطَ حَقُّ الآخرِ . وإن عَفَا عن القِصاصِ ، أو عفا سَيِّدُ القَتِيلِ الأَوَّلِ عن القِصاصِ إلى مالٍ ، تعلَّقَ برَقَبةِ العبدِ ، وللثانى أن يَقْتَصَّ ؛ لأنَّ تَعَلُّقَ المالِ بالرَّقبةِ لا يُسْقِطُ حَقَّ القِصاصِ ، كما لو جَنَى العبدُ المَرْهُونُ . فإن قَتَلَه الآخرُ ، سَقَطَ حَقُّ الأَوَّلِ من الْقِيمةِ ؛ لأنَّه لم يَبْقَ مَحَلٌّ يتعلَّقُ به ، وإن عَفَا

---

(٢١) فى الأصل : « عبده » .

(٢٢) فى ب : « بقدر هذا » .

الثانى ، تعلَّقتْ قِيمةُ القتيلِ الثانى برَقَبتِه أيضا ، ويُباعُ فيهما ، ويُقْسَمُ ثَمنُه على قَدْرِ القِيمتَيْنِ ، ولم نُقَدِّم الأوَّل بالقِيمةِ ، كما قَدَّمناه بالقِصاصِ ؛ لأنَّ القِصاصَ لا يتبَعَّضُ بينهما ، والقِيمةُ يُمْكِنُ تبعُّضُها[23] . فإن قِيلَ : فحَقُّ الأوَّلِ أسْبَقُ. / قُلْنا : لا يُراعَى السَّبْقُ، كما لو أتْلَفَ أمْوالًا[24] لجماعةٍ ، واحدًا بعدَ واحدٍ . فأمَّا إن قَتَلَ العبدُ عَبْدًا بين شَرِيكَيْنِ كان لهما القِصاصُ والعَفْوُ ، فإن عَفَا أحدُهما ، سَقَطَ القِصاصُ ، ويَنْتقِلُ حَقُّهما إلى القِيمةِ ؛ لأنَّ القِصاصَ لا يتبَعَّضُ . وإن قَتَلَ عَبْدَينِ لرَجُلٍ واحدٍ ، فله أن يَقْتَصَّ منه لأحَدِهما ، أيِّهما كان ، ويَسْقُطُ حَقُّه من الآخَرِ ، وله أن يَعْفُوَ عنه[25] إلى مالٍ ، وتتَعَلَّقُ قِيمَتُهما[26] جميعًا برقَبَتِه .

14/9 ظ

فصل : ويُقْتَلُ العَبْدُ القِنُّ بالمُكاتَبِ ، والمُكاتَبُ به ، ويُقْتَلُ كلُّ واحدٍ منهما بالمُدَبَّرِ وأُمِّ الولدِ ، ويُقْتَلُ المُدَبَّرُ وأمُّ الولدِ بكلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّ الكلَّ عبيدٌ ، فيَدْخُلون فى عُمُومِ قوله تعالى : ﴿ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ . وقد دَلَّ على كَوْنِ المُكاتَبِ عبدًا قولُ النَّبىِّ ﷺ : « الْمُكاتَبُ عَبْدٌ ، مَا بَقِىَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ »[27] . وسواءٌ كان المُكاتَبُ قد أدَّى من كِتابَتِه شيئًا ، أو لم يُؤَدِّ ، وسواءٌ مَلَكَ ما يُؤَدِّى ، أو لم يَمْلِكْ ، إلَّا إذا قُلْنا : إنَّه إذا مَلَكَ ما يُؤَدِّى فقد صار حُرًّا . فإنَّه لا يُقْتَلُ بالعَبْدِ ؛ لأنَّه حُرٌّ ، فلا يُقْتَلُ بالعَبْدِ . وإن أدَّى ثلاثةَ أرْباعِ مالِ الكِتابةِ ، لم يُقْتَلْ به أيضًا ؛ لأنَّه يَصِيرُ حُرًّا ، ومَنْ لم يَحْكُمْ بحُرِّيَّتِه إلَّا بأداءِ جميعِ الكِتابةِ ، أجازَ قَتْلَهُ به . وقال أبو حنيفةَ : إذا قَتَلَ العبدُ مُكاتَبًا ، له وفاءٌ ووارِثٌ سِوَى مَوْلاهُ ، لم يُقْتَلْ به ؛ لأنَّه حين الجَرْحِ كان المُسْتَحِقُّ المَوْلَى ، وحينَ الموتِ الوارِثَ ، ولا يَجِبُ القِصاصُ إلَّا لمن يَثْبُتُ حَقُّه فى الطَّرفَيْنِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ ٱلْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ . ولأنَّه لو كان قِنًّا ، لَوَجَبَ بقَتْلِه

---

(23) فى الأصل : « تبعيضها » .

(24) سقط من : الأصل .

(25) سقط من : ب .

(26) فى ب ، م : « قيمتها » .

(27) تقدم تخريجه ، فى : 125/9 .

القِصاصُ ، فإذا كان مُكاتَبًا ، كان أَوْلَى ، كما لو لم يَخْلُفْ وارِثًا . وما ذكَرُوه شيءٌ بَنَوْهُ على أُصُولِهم ، ولا نُسَلِّمُه .

١٤٢٣ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَتَلَ الْكَافِرُ الْعَبْدَ عَمْدًا ، فَعَلَيْه قِيمَتُهُ ، ويُقْتَلُ ، لِنَقْضِهِ العَهْدَ**[١])

يعنى الكافِرَ الحُرَّ ، لا يُقْتَلُ بالعَبْدِ المسلِمِ ؛ لأنَّ الحرَّ لا يُقْتَلُ بالعَبْدِ ، لفُقْدانِ التكافُؤِ بينهما ، ولأنَّه لا يُحَدُّ بقَذْفِه ، فلا يُقْتَلُ بقَتْلِه ، كالأَبِ مع ابْنِه ، وعليه قِيمَتُه ، ويُقْتَلُ لنَقْضِه العَهْدَ ؛ فإنَّ قَتْلَ المُسْلِمِ يَنْتَقِضُ به العَهْدُ ، بدليلِ ما رُوِىَ أنَّ ذِمِّيًّا كان يَسُوقُ حِمارًا / بامْرأةٍ مُسْلِمةٍ ، فنَخَسَه بها فرَماها ، ثم أراد إكْراهَها على الزِّنَى ، فرُفِعَ إلى عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فقال : ما على هذا صالَحْناهُمْ . فقَتَلَه وصَلَبَه[٢] . ورُوِىَ فى شُروطِ عمرَ ، أنَّه كَتَبَ إلى عبدِ الرحمنِ بن غَنْمٍ[٣] : أن ألْحِقْ بالشُّرُوطِ : مَنْ ضَرَبَ مُسْلِمًا عَمْدًا ، فقد خَلَعَ عَهْدَه[٤] . ولأنَّه فِعْلٌ يُنافِى الأمَانَ ، وفيه ضَرَرٌ على المسلمينَ ، فكان نَقْضًا للعَهْدِ ، كالاجْتماعِ على قِتالِ المسلمينَ ، والامْتِناعِ من أداءِ الجِزْيةِ . وفيه روايةٌ أُخْرَى ؛ أنَّه لا يَنْتَقِضُ عَهْدُه بذلك . فعلى هذا ، عليه قِيمَتُه ، ويُؤَدَّبُ بما يَرَاه وَلِىُّ الأمْرِ .

٩/١٥و

فصل : وإن قَتَلَ عبدٌ مسلمٌ حُرًّا كافرًا لم يُقْتَلْ به ؛ لأنَّا لا نَقْتُلُ المُسْلِمَ بالكافرِ . وإن قَتَلَ مَنْ نِصْفُه حُرٌّ عَبْدًا ، لم يُقْتَلْ به[٥] ؛ لأنَّا لا نَقْتُلُ نِصفَ الحُرِّ بعَبْدٍ . وإن قَتَلَه حُرٌّ ،

---

(١) فى م : « للعهد » .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب يشترط عليهم أن أحدا من رجالهم إن أصاب مسلمة بزنى ... من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٩/ ٢٠١ . وعبد الرزاق ، فى : باب المعاهد يغدر بالمسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ١٠/ ٣٦٣ ، ٣٦٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الذمى يستكره المسلمة على نفسها ، من كتاب الحدود . المصنف ١٠/ ٩٦ ، ٩٧ .

(٣) فى ب : « غانم » خطأ . وانظر ترجمته فى : تهذيب التهذيب ٢٥٠ .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب الإمام يكتب كتاب الصلح على الجزية ، من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٩/ ٢٠٢ .

(٥) سقط من : ب .

لم يُقْتَلْ به ؛ لأنَّ النِّصْفَ الرَّقِيقَ لا يُقْتَلُ به الحُرُّ . وإن قَتَلَ مَنْ نِصْفُه حُرٌّ مَنْ نِصْفُه حُرٌّ ، قُتِلَ به ؛ لأنَّ القِصاصَ يَقَعُ بين الجُمْلتينِ من غيرِ تَفْصِيلٍ ، وهما مُتساوِيان[٦] .

فصل : ويَجْرِى القِصاصُ بين الوُلاةِ والعُمَّالِ وبين رَعِيَّتِهم ؛ لعُمومِ الآياتِ والأخْبارِ ، ولأنَّ المؤمنينَ تتكافأُ دماؤُهم ، ولا نعلمُ فى هذا خلافًا . وثَبَتَ عن أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال لرَجُلٍ شَكَى إليه عاملًا أنَّه قطَعَ يَدَه ظُلْمًا : لَئِنْ كنتَ صادِقًا ، لأُقِيدَنَّكَ منه[٧] . وثَبَتَ أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، كان يُقِيدُ من نَفْسِه . ورَوَى أبو داودَ[٨] ، قال : خَطَبَ عمرُ ، فقال : إنِّى لم أَبْعَثْ عُمّالِى لِيَضْرِبُوا أَبْشارَكُمْ ، ولا لِيأْخُذُوا أَمْوالَكُم ، فمَن فُعِلَ به ذلك ، فلْيَرْفَعْه إلَىَّ ، أُقُصُّه منه . فقال عَمْرُو بن العاصِ : لو أنَّ رَجُلًا أدَّبَ بعضَ رَعِيَّتِه ، أتُقِصُّه[٩] منه ؟ قال : أىْ والذى نَفْسِى بيَدِه ، أقُصُّه منه ، وقد رأيتُ رسولَ اللهِ ﷺ أقصَّ من نَفْسِه . ولأنَّ المؤمنينَ تتكَافأُ دماؤُهم ، وهذان حُرَّانِ مُسْلِمان ، ليس بينهما إيلادٌ[١٠] ، فيجْرِى القِصاصُ بينهما، كسائرِ الرَّعِيَّةِ .

فصل : وإذا قَتَلَ القاتلَ غيرُ وَلِىِّ الدَّمِ ، فعلى قاتِلِه القِصاصُ ، ولِوَرَثةِ الأَوَّلِ الدِّيَةُ فى تَرِكَةِ الجانِى الأَوَّلِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال الحسنُ ، /ومالكٌ : يُقْتَلُ قاتِلُه ، ويَبْطُلُ دَمُ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه فات مَحلُّه ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَ العَبْدَ الجانِىَ . ورُوِىَ عن قَتَادةَ وأبى هاشِمٍ : لا قَوَدَ على الثانى ؛ لأنَّه قَتَلَ مُباحَ الدَّمِ ، فلم يَجِبْ بقَتْلِه قِصاصٌ ، كالزَّانِى المُحْصَنِ . ولَنا ، على وُجُوبِ القِصاصِ على قاتِلِه ، أنَّه مَحلٌّ لم يتَحَتَّمْ قَتْلُه ، ولم يُبَحْ لغيرِ وَلِىِّ الدَّمِ قَتْلُه ، فوَجَبَ القِصاصُ بقَتْلِه ، كما لو كان عليه دَيْنٌ . ولَنا ، على وُجُوبِ

٩/١٥ ظ

(٦) فى م : « مستويان » .

(٧) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ١٨٤/٣ .

(٨) فى : باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢٨٩/٢ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤١/١ .

(٩) فى م : « تقصه » .

(١٠) فى م : « إيلاء » .

الدِّيَةِ فى تَرِكَةِ الجانِى الأوَّلِ ، أنَّ القِصاصَ إذا تَعذَّرَ وَجَبَتِ الدِّيَةُ ، كما لو مات ، أو عَفَا بعضُ الشُّرَكاءِ ، أو حَدَثَ مانِعٌ . وفارَقَ العَبْدَ الجانِىَ ، فإنَّه ليس له مالٌ يَنْتَقِلُ إليه ؛ فإن عَفَا أولياءُ الثانى على الدِّيَةِ ، أخذُوها ودَفَعُوها إلى وَرَثَةِ الأوَّلِ ، فإن كانت عليه دُيُونٌ ، ضُمَّ ما قَبَضُوا من الدِّيَةِ إلى سائرِ تَرِكَتِه ، ثم ضَرَبَ أولياءُ المَقْتُولِ الأوَّلِ مع سائرِ أهلِ الدُّيُونِ فى تَرِكَتِه ودِيَتِه ، وإن أحالَ وَرَثَةُ المقتولِ الثانى وَرَثَةَ المقتولِ الأوَّلِ بالدِّيَةِ على القاتِلِ الثانى[11] ، صَحَّتِ الْحَوالَةُ . ويَتخَرَّجُ أن تَجبَ دِيَةُ القَتِيلِ الأوَّلِ على قاتِلِ[12] قاتِلِه ابتِداءً ؛ لأنَّه أَتْلَفَ مَحَلَّ حَقِّ وَرَثَتِه ، فكان غَرامَتُه عليه ، كما لو قَتَلَ العَبْدَ الجانِىَ ، وإن مات القاتِلُ عَمْدًا ، وجبتِ الدِّيَةُ فى تَرِكَتِه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ ومالكٌ : يَسْقُطُ حَقُّ وَلِىِّ الجِنايةِ . وتَوْجِيه المَذْهَبَيْنِ على[11] ما تَقَدَّم .

١٤٢٤ – مسألة ؛ قال : (والطِّفْلُ ، والزَّائِلُ العَقْلِ ، لَا يُقْتَلَانِ بِأَحَدٍ)

لا خِلافَ بين أهلِ العلمِ ، أنَّه لا قِصاصَ على صَبِىٍّ ولا مَجنونٍ ، وكذلك كلُّ زائلِ العَقْلِ بسَبَبٍ يُعْذَرُ فيه ، مثل النائمِ ، والمُغْمَى عليه ، ونحوِهما . والأصلُ فى هذا قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ »[1] . ولأنَّ القِصاصَ عُقوبةٌ مُغَلَّظَةٌ ، فلم تجبْ على الصَّبِىِّ وزائلِ العَقْلِ ، كالحُدُودِ ، ولأنَّهم ليس لهم قَصْدٌ صحيحٌ ، فهم كالقاتِلِ خَطأً .

فصل : فإن اخْتَلَفَ الجانِى ووَلِىُّ الجِنايةِ ، فقال الجانِى : كُنْتُ صَبِيًّا حالَ الجِنايةِ . وقال ولِىُّ الجنايةِ : كنتَ بالِغًا . / فالقولُ قولُ الجانِى مع يَمِينه ، إذا احْتَمَلَ الصِّدْقَ ؛ لأنَّ الأصْلَ الصِّغَرُ ، وبَراءةُ ذِمَّتِه من القِصاصِ . وإن قال : قَتَلْتُه وأنا مَجْنونٌ . وأنْكَرَ الوَلِىُّ جُنُونَه ، فإن عُرِفَ له حالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُه أيضا لذلك ، وإن لم يُعْرَفْ

١٦/٩و

---

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١) تقدم تخريجه ، فى : ٥٠/٢ .

له حالُ جُنونٍ ، فالقولُ قولُ الوَلِيِّ ؛ لأنَّ الأصْلَ السَّلامةُ ، وكذلك إن عُرِفَ له جُنونٌ ، ثم عُلِمَ زَوالُه قبلَ القَتْلِ ، وإن ثَبَتَتْ لأحَدِهما بَيِّنةٌ بما ادَّعاه[٢] ، حُكِمَ له . وإن أقاما بَيِّنَتَين تعارَضَتا ، فإن شَهِدَتِ البَيِّنةُ أنَّه كان زائلَ العَقْلِ ، وقال[٣] الوَلِيُّ : كنتَ سَكْرانَ . وقال القاتلُ[٤] : كنتُ مَجْنونًا . فالقولُ قولُ القاتلِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أعْرَفُ بنَفْسِه ، ولأنَّ الأصْلَ براءةُ ذِمَّتِه ، واجْتِنابُ المسلمِ فِعْلَ ما يَحْرُمُ عليه .

فصل : فإن قَتَلَه وهو عاقلٌ ، ثم جُنَّ ، لم يَسْقُطْ عنه القِصاصُ ، سواءٌ ثَبَتَ ذلك عليه[٥] ببَيِّنةٍ أو إقْرارٍ ؛ لأنَّ رُجُوعَه غيرُ مَقْبولٍ ، ويُقْتَصُّ منه فى حالِ جُنُونِه . ولو ثَبَتَ عليه الحدُّ بإقْرارِه ، ثم جُنَّ لم يُقَمْ عليه حالَ جُنُونِه ؛ لأنَّ رُجُوعَه يُقْبَلُ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه لو كان صَحِيحًا رَجَعَ .

فصل : ويجبُ القِصاصُ على السَّكْرانِ إذا قَتَلَ حالَ سُكْرِه . ذَكَرَه القاضى ، وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ ، أنَّ وُجُوبَ القِصاصِ عليه مَبْنِىٌّ على وُقُوعِ طَلَاقِه ، وفيه رِوَايتان ، فيكونُ فى وُجُوبِ القِصاصِ عليه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يجبُ عليه ؛ لأنَّه زائِلُ العَقْلِ ، أشْبَهَ المَجْنُونَ ، ولأنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، أشْبَهَ[٦] الصَّبِىَّ والمَجْنونَ . ولَنا ، أنَّ الصحابةَ ، رضِىَ اللهُ عنهم ، أقامُوا سُكْرَه مُقامَ[٧] قَذْفِه ، فأوْجَبُوا عليه حَدَّ القاذِفِ ، فلولا أنَّ قَذْفَه مُوجِبٌ للحَدِّ عليه ، لما وَجَبَ الحَدُّ[٨] بمَظِنَّتِه ، وإذا وَجَبَ الحَدُّ ، فالقِصاصُ المتَمَحِّضُ حَقَّ آدَمِىٍّ أوْلَى ، ولأنَّه حُكْمٌ لو لم يَجب عليه[٤] القِصاصُ والحَدُّ ، لأفْضَى إلى أنَّ مَنْ أراد أن يَعْصِىَ اللهَ تعالى ، شَرِبَ ما يُسْكِرُه ، ثم يَقْتُلُ ويَزْنِى ويَسْرِقُ ، ولا يَلْزَمُه عُقُوبةٌ [٩]ولا مَأْثَمٌ ، ويَصِيرُ عِصْيانُه سَبَبًا لسُقُوطِ عُقُوبةِ[٩] الدُّنْيا والآخِرَةِ عنه ، ولا وَجْهَ لهذا .

---

(٢) فى ب : « ادعا » .
(٣) فى ب ، م : « فقال القاتل » .
(٤) سقط من : م .
(٥) سقط من : ب .
(٦) فى ب : « فأشبه » .
(٧) فى ب : « مكان » .
(٨) سقط من : الأصل .
(٩ - ٩) سقط من : ب . نقل نظر .

/ وفارَقَ هذا الطلاقَ ، ولأنّه قولٌ يُمْكِنُ إلْغاؤُه بخلافِ القَتْلِ . فأمّا إن شَرِبَ أو أكَلَ ما يُزِيلُ عَقْلَه غيرَ الخمرِ ، على وَجْهٍ مُحَرَّمٍ ، فإن زالَ عَقْلُه بالكُلِّيَّةِ ، بحيثُ صار مَجْنُونًا ، فلا قِصاصَ عليه ، وإن كان يَزُولُ قريبًا ويعودُ من غير تَداوٍ ، فهو كالسُّكْرِ ، على ما فُصِّلَ فيه . ١٦/٩ ظ

١٤٢٥ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ ، وإنْ سَفَلَ)

وجملتُه أنَّ الأبَ لا يُقْتَلُ بوَلَدِه ، والجَدُّ لا يُقْتَلُ بوَلَدِ وَلَدِه ، وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُه ، وسَواءٌ فى ذلك وَلَدُ البَنِينِ أو ولدُ البَناتِ . وممَّن نُقِلَ عنه أنَّ الوالدَ لا يقتلُ بولِده ، عمرُ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال رَبيعةُ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعىُّ ، والشَّافِعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال ابن نافعٍ ، وابنُ عبدِ الحَكَمِ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُقْتَلُ به ؛ لظاهرِ آىِ الكتابِ ، والأخبارِ المُوجِبَةِ للقِصاصِ ، ولأنَّهما حُرَّانِ مُسلمانِ من أهلِ القِصاصِ ، فوَجَبَ أن يُقْتَلَ كلُّ واحدٍ منهما بصاحِبِه ، كالأجْنَبِيَّيْنِ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : قد رَوَوْا فى هذا البابِ[1] أخْبارًا . وقال مالكٌ : إن قَتَله حَذْفًا بالسيفِ ونحوِه ، لم يُقْتَلْ به ، وإن ذَبَحه ، أو قَتَلَه قَتْلًا لا يُشَكُّ فى أنَّه عَمَدَ إلى قَتْلِه دُونَ تَأْدِيبِه ، أُقِيدَ به . ولَنا ، ما رَوَى عمرُ بن الخَطَّابِ ، وابنُ عباسٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لا يُقْتَلُ وَالِدٌ بوَلَدِه » . أخْرَجَ النَّسائىُّ حديثَ عمرَ[2] ، ورَوَاهما ابنُ ماجه[3] ، وذكرهما ابنُ عبدِ البَرِّ ، وقال : هو حديثٌ مشهورٌ عندَ أهلِ العلمِ بالحِجازِ والعِراقِ ، مُسْتَفِيضٌ عندَهم ، يُسْتَغْنَى بشُهْرَتِه وقَبُولِه والعَمَلِ به عن الإسْنادِ فيه ، حتى يكونَ الإسْنادُ فى مثلِه مع شُهْرَتِه تَكَلُّفًا . ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « أنْتَ ومَالُكَ لأبِيكَ »[4] . وقَضِيَّةُ هذه

---

(١) سقط من : م .

(٢) لعله فى السنن الكبرى . وأخرج حديث عمر الإمام أحمد ، فى : المسند ١/٤٩ .

(٣) فى : باب لا يقتل الوالد بولده ، من كتاب الديات .. سنن ابن ماجه ٢/٨٨٨ .

وأخرج حديث ابن عباس الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ٦/١٧٥ .

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ٤/٣٠٩ .

الإضافةِ تَمْلِيكُه إيَّاه ، فإذا لم تَثْبُتْ حقيقةُ المِلْكِيَّة ، بَقِيَتِ الإضافةُ شُبْهةً فى دَرْءِ[٥] القِصاصِ ؛ لأنَّه يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، ولأنَّه سَبَبُ إيجادِه ، فلا يَنْبَغِى أن يتَسَلَّطَ بسَبَبه على إعْدامِه . وما ذكَرْناه يَخُصُّ العُموماتِ ، ويُفارِقُ الأبُ سائرَ الناسِ ، فإنَّهم لو قَتَلُوا بالحَذْفِ بالسَّيْفِ ، وَجَبَ عليهم القِصاصُ / ، والأبُ بخلافِه . ٩/١٧و

فصل : والجَدُّ وإن عَلَا كالأبِ فى هذا ، وسواءٌ كان من قِبَلِ الأبِ أو من قِبَلِ الأُمِّ ، فى قولِ أكثرِ مُسْقِطِى القِصاصِ عن الأبِ . وقال الحسنُ ابنُ حَىّ : يُقْتَلُ به . ولَنا ، أنَّه والدٌ ، فيَدْخُلُ فى عُمومِ النَّصِّ ؛ ولأنَّ ذلك حُكْمٌ يتَعَلَّقُ بالوِلادةِ ، فاسْتَوى فيه القريبُ والبعيدُ ، كالمَحْرَمِيَّةِ ، والعِتْقِ إذا مَلَكَه ، والجَدُّ من قِبَلِ [٦]الأُمِّ كالجَدِّ من قبل الأبِ[٦] ؛ لأنَّ ابْنَ البِنْتِ يُسَمَّى ابْنًا ، قال النَّبِىُّ ﷺ [٧]فى الحَسَنِ[٧] : « إنَّ ابْنِى هٰذَا سَيِّدٌ »[٨] .

١٤٢٦ – مسألة ؛ قال : (**والأُمُّ فِى ذٰلِكَ كَالْأَبِ**)

هذا الصحيحُ من المذهبِ ، وعليه العَمَلُ عند مُسْقِطِى الْقِصاصِ عن الأبِ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، رحمه اللهُ ، ما يدلُّ على أنَّه لا يَسْقُطُ عن الأُمِّ ، فإنَّ مُهَنَّا نقَل عنه ، فى أُمِّ ولدٍ قَتَلَتْ سَيِّدَها عَمْدًا : تُقْتَلُ . قال : مَنْ يَقْتُلُها ؟ قال : وَلَدُها . وهذا يدلُّ على إيجابِ الْقِصاصِ على الأُمِّ بقَتْلِ وَلَدِها . وخَرَّجَها أبو بكرٍ على رِوايتَيْن ؛ إحداهما ، أنَّ الأُمَّ تُقْتَلُ بوَلِدِها ؛ لأنَّه لا وِلايةَ لها عليه ، فتُقْتَلُ به ، كالأخِ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « لا يُقْتَلُ والدٌ بوَلَدِه »[١] . ولأنَّها أحدُ الوالِدَيْنِ ، فأشْبَهتِ الأبَ ، ولأنَّها أَوْلَى بالبِرِّ ، فكانتْ أوْلَى بنَفْيِ القِصاصِ عنها ، والوِلايةُ غيرُ مُعْتَبرةٍ ؛ بدليلِ انْتِفاءِ

---

(٥) فى ب : « رد » .

(٦ – ٦) فى م : « الأب كالجد من قبل الأم » .

(٧ – ٧) سقط من : ب .

(٨) تقدم تخريجه ، فى : ٩٨/٤ .

(١) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٨٣ .

القِصاصِ عن الأبِ بقَتْلِ الكبيرِ الذى لا وِلايَةَ[2] عليه ، وعن الجَدِّ ، ولا وِلايَةَ له ، وعن الأبِ المُخالِفِ فى الدِّينِ ، أو الرَّقِيقِ . والجَدَّةُ وإن عَلَتْ فى ذلك كالأُمِّ ، وسواءٌ فى ذلك من قِبَلِ الأبِ ، أو من قِبَلِ الأُمِّ ؛ لما ذكَرْنا فى الجَدِّ .

فصل : وسواءٌ كان الوالدُ مُساوِيًا للولدِ فى الدِّينِ والحُرِّيَّةِ ، أو مُخالِفًا له[3] فى ذلك ؛ لأنَّ انْتِفاءَ القِصاصِ لِشَرَفِ الأُبُوَّةِ ، وهو مَوْجودٌ فى كلِّ حالٍ ، فلو قَتَلَ الكافرُ ولَدَه[4] المسلمَ ، أو قَتَلَ المُسْلمُ أباه الكافِرَ ، أو قَتَلَ العَبْدُ ولَدَه الحُرَّ ، أو قتلَ الحُرُّ ولَدَه[5] العبدَ ، لم يجب القِصاصُ لشَرَفِ الأُبُوَّةِ فيما إذا قَتَلَ ولَدَه ، وانْتِفاء المُكافأةِ فيما إذا قَتَلَ والِدَه .

فصل : وإذا[6] تَدَاعَى نَفْسانِ[6] نَسَبَ صغيرٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، ثم قَتَلاه قبلَ إلْحاقِه بواحِدٍ منهما ، فلا قِصاصَ / عليهما ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ ابنَ كلِّ واحِدٍ منهما أو ابْنَهما . وإن أَلْحَقَتْه القافةُ بأحَدِهما ، ثم قَتَلاه ، لم يُقْتَلْ أبُوه ، وقُتِلَ الآخَرُ ؛ لأنَّه شَرِيكُ الأبِ فى قَتْلِ ابْنِه . وإن رَجَعا جميعًا عن الدَّعْوَى ، لم يُقْبَلْ رُجُوعُهما ؛ لأنَّ النَّسَبَ حَقٌّ للوَلَدِ ، فلم يُقْبَلْ رُجُوعُهما عن إقْرارِهما به ، كما لو أقَرَّا[7] له بحَقٍّ سِواهُ ، أو كما لو ادَّعاه واحدٌ ، فأُلْحِقَ به ، ثم جَحَدَه . وإن رَجَعَ أحدُهما ، صَحَّ رُجوعُه ، وثَبَتَ نَسَبُه من الآخَرِ ؛ لأنَّ رُجُوعَه لم[8] يُبْطِلْ نَسَبَه ، ويَسْقُطُ القِصاصُ عن الذى لم يَرْجِعْ ، ويجبُ على الرَّاجِعِ ؛ لأنَّه شارَكَ الأبَ ، وإن عُفِىَ عنه ، فعليه نِصْفُ الدِّيَةِ . ولو اشْتَرَكَ رَجُلان فى وَطْءِ امرأةٍ فى طُهْرٍ واحِدٍ ، وأتَتْ بوَلَدٍ ، يُمْكِنُ أن يكونَ منهما ، فقَتَلاه قَبْلَ إلْحاقِه بأحَدِهما ، لم

٩/١٧ ظ

---

(٢) فى الأصل : « ولاء » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) فى م : « والده » .

(٥) فى الأصل : « والده » .

(٦ - ٦) فى م : « ادعى نفران » .

(٧) فى الأصل ، م : « أقر » .

(٨) فى ب : « لا » .

يجبِ القِصاصُ ، وإن نَفَيا نَسَبَه ، لم يَنْتَفِ بقَوْلِهما ، وإن نَفَاه أحَدُهما ، لم يَنْتَفِ بقَوْلِه ؛ لأنَّه لَحِقَه بالفِراشِ ، فلا يَنْتَفِى إلَّا باللِّعانِ . وفارَقَ التى قبلَها من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما (9) أنَّ أحدَهما (9) إذا رَجَعَ عن دَعْواه ، لَحِقَ الآخَرَ ، وهٰهُنا لا يَلْحَقُ بذلك . والثانى ، أنَّ ثُبوتَ نَسَبِه ثَمَّ بالاعْتِرافِ ، فيَسْقُطُ بالجَحْدِ ، وهٰهُنا يثْبتُ (10) بالاشْتِراكِ فى الوَطْءِ ، فلا يَنْتَفِى بالجَحْدِ . ومذهبُ الشافعىِّ فى هذا الفصلِ كما قُلْنا ، سَواءً .

فصل : ولو قَتَلَ أحدُ الأبَوَيْنِ صاحِبَه ، ولهما ولدٌ ، لم يجبِ القِصاصُ ؛ لأنَّه لو وَجَبَ لوَجَبَ لوَلَدِه ، ولا يجبُ للولدِ قِصاصٌ على والِده ؛ لأنَّه إذا لم يَجِبْ بالجِنايةِ عليه ، فلأَن لا يَجبَ له بالجنايةِ على غيرِه أَوْلَى ، وسَواءٌ كان الولدُ ذكرًا أو أُنْثَى ، أو كان للمَقْتُولِ ولدٌ سِواهُ ، أو مَنْ يُشارِكُه فى الميراثِ ، أو لم يكُنْ ؛ لأنَّه لو ثَبَتَ القِصاصُ ، لَوَجَبَ له جزءٌ منه ، ولا يُمْكِنُ وُجُوبُه ، وإذا لم يَثْبُتْ بعضُه ، سَقَطَ كلُّه ؛ لأنَّه لا يتَبَعَّضُ ، وصار كما لو عَفَا بعضُ مُسْتَحِقِّ القِصاصِ عن نَصِيبِه منه . فإن لم يكُنْ للمَقْتُولِ ولدٌ منهما ، وَجَبَ القِصاصُ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم عمرُ بن عبد العزيزِ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الزُّهْرِىُّ : لا يُقْتَلُ الزَّوْجُ بامْرأتِه ؛ لأنَّه مَلَكَها (11) بعَقْدِ النكاحِ ، فأشْبَهَ الأَمَةَ . /ولَنا ، عُموماتُ النَّصِّ ، ولأنَّهما شَخْصانِ مُتكافِئانِ ، يُحَدُّ كلُّ واحِدٍ منهما بقَذْفِ صاحِبِه ، فيُقْتَلُ به ، كالأجْنَبِيَّيْنِ . وقولُه : إنَّه مَلَكَها . غيرُ صحيحٍ ، فإنَّها حُرَّةٌ ، وإنَّما مَلَكَ منفعةَ الاسْتِمْتاعِ ، فأشْبَهَ المُسْتَأْجِرةَ ، ولهذا تجبُ دِيَتُها عليه ، ويَرِثُها وَرَثَتُها ، ولا يَرِثُ منها إلَّا قَدْرَ مِيراثِه ، ولو قَتَلَها غيرُه ، كانت دِيَتُها أو القِصاصُ لوَرَثَتِها ، بخلافِ الأَمَةِ .

١٨/٩ و

فصل : ولو قَتَلَ رجلٌ أخاه ، فوَرِثَه ابْنُه ، أو أحدًا (12) يَرِثُ ابنُه منه شيئًا من مِيراثِه ،

(9 – 9) سقط من : الأصل ، م .

(10) فى ب : « ثبت » .

(11) فى ب : « ملكه » .

(12) فى م : « أحد » .

لم يَجب الْقِصاصُ ؛ لما ذكرْنا . ولو قتَلَ خالَ ابْنِه ، فوَرِثَتْ أُمُّ ابْنِه القِصاصَ[13] أو جُزْءًا منه ، ثم ماتتْ بقتْلِ الزوجِ أو غيرِه ، فوَرِثَها ابنُه ، سَقَطَ القِصاصُ[13] ؛ لأنَّ ما منَعَ مُقارِنًا أسْقَطَ طارِئًا ، وتَجِبُ الدِّيةُ . ولو قتَلَتِ المرأةُ أخا زَوْجِها ، فصار القِصاصُ أو جُزْءٌ منه لابْنِها ، سَقَطَ القِصاصُ ، سواءٌ صار إليه ابتداءً ، أو انتقلَ إليه من أبيه أو من غيرِه ؛ لما ذكرْنا .

فصل : وإذا قتَلَ أحدُ أبَوَيِ المُكاتَبِ المُكاتبَ[14] ، أو عبدًا له ، لم يَجب القِصاصُ ؛ لأنَّ الوالدَ لا يُقْتَلُ بولَدِه ، ولا يَثْبُتُ للولدِ على والدِه قِصاصٌ . وإن اشْتَرى المُكاتَبُ أحدَ أبَوَيْه ، ثم قتَلَه ، لم يَجبْ عليه قِصاصٌ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لا يُقْتَلُ بعَبْدِه .

فصل : ابنانِ قتَلَ أحدُهما أباه ، والآخرُ أُمَّه ، فإن كانت الزَّوْجِيَّةُ بينهما مَوْجودةً حالَ قَتْلِ الأوَّلِ ، فالقِصاصُ على قاتلِ الثانى دُونَ الأوَّلِ ؛ لأنَّ القَتِيلَ الثانى وَرِثَ جزءًا من دَمِ الأوَّلِ ، فلما قُتِلَ وَرِثَه قاتِلُ الأوَّلِ ، فصار له جزءٌ من دَمِ نَفْسِه ، فسَقَطَ القِصاصُ عنه ، ووَجَبَ له القِصاصُ على[15] أخيه ، فإن قتَلَه ، وَرِثَه إن لم يكُنْ له وارثٌ سواهُ ؛ لأنَّه قتَلَ[16] بحَقٍّ ، وإن عَفَا عنه إلى الدِّيَةِ ، وَجَبَتْ ، وتَقَاصَّا بما بينهما ، وما فَضَلَ لأحَدِهما فهو له على أخِيه . وإن لم تكُن الزَّوْجِيَّةُ بين الأبَوَيْنِ قائمةً ، فعلى كلِّ واحِدٍ منهما القِصاصُ لأخيه ؛ لأنَّه وَرِثَ الذى قتَلَه أخوه وحدَه دُونَ قاتِلِه ، فإن بادَرَ أحدُهما فقتَلَ صاحِبَه ، فقد اسْتَوْفَى حَقَّه ، وسَقَطَ القِصاصُ عنه ؛ لأنَّه يَرِثُ أخاه ؛ [17]لكَوْنِه قَتْلًا[17] بحَقٍّ ، فلا يَمْنَعُ الميراثَ ، إلَّا أن يكونَ للمَقْتُولِ ابنٌ / ، أو ابنُ ابنٍ يَحْجُبُ القاتِلَ ، فيكون له قَتْلُ عَمِّه ، ويَرِثُه إن[18] لم يكُنْ له وارثٌ سِواهُ . وإن تَشَاحَّا فى المُبْتَدِئِ

٩/١٨ ظ

(١٣ - ١٣) سقط من : ب .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) فى ب : « عن » .

(١٦) فى م : « قتله » .

(١٧ - ١٧) فى ب : « لأنه قتل » .

(١٨) فى ب : « وإن » .

منهما بالقَتْلِ ، احْتَمَلَ أن يُبْدَأَ بقَتْلِ القاتلِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه أسْبَقُ ، واحْتَمَلَ أن يُقْرَعَ بينهما . وهذا قولُ القاضِي ، ومذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّهما تساوَيا فى الاسْتِحقاقِ ، فيَصِيرَا[19] إلى القُرْعةِ ، وأيُّهما قَتَلَ صاحِبَه أوَّلًا ، إمَّا بمُبادَرةٍ[20] أو قُرْعةٍ ، وَرِثَه ، فى قياسِ المذهبِ ، إن لم يكنْ له وارثٌ سِواهُ ، وسَقَطَ عنه القِصاصُ ، وإن كان مَحْجُوبًا عن مِيراثِه كلِّه ، فلِوارِثِ القتيلِ قَتْلُ الآخرِ . وإن عَفَا أحدُهما عن الآخرِ ، ثم قَتَلَ المَعْفُوُّ عنه العافِيَ ، وَرِثَه أيضًا ، وسَقَطَ عنه ما وَجَبَ عليه من الدِّيَةِ . وإن تعافَيَا جميعًا على الدِّيَةِ ، تَقَاصًّا بما اسْتَوَيا فيه ، ووَجَبَ لقاتِلِ[21] الأُمِّ الفَضْلُ على قاتِلِ الأبِ ؛ لأنَّ عَقْلَ الأُمِّ نِصْفُ عَقْلِ الأبِ . ويتَخرَّجُ أن يَسْقُطَ القِصاصُ عنهما ؛ لِتَساوِيهما فى اسْتِحقاقِه ، كسُقوطِ[22] الدِّيَتَيْنِ إذا تَساوَتَا ، ولأنَّه لا سَبِيلَ إلى اسْتِيفائِهما معًا[23] ، واسْتِيفاءُ أحَدِهما دُونَ الآخرِ حَيْفٌ ، فلا يَجوزُ ، فتعَيَّنَ السُّقُوطُ . وإن كان لكلِّ واحِدٍ منهما ابنٌ يَحْجُبُ عَمَّه عن[24] ميراثِ أبِيه ، فإذا قَتَلَ أحدُهما صاحِبَه ، وَرِثَه ابنُه ، ثم لِابنِه أن يَقْتُلَ عَمَّه ، ويَرِثُه ابنُه ، ويَرِثُ كلُّ واحِدٍ من الابْنَيْنِ مالَ أبِيه ومالَ جَدِّه الذى قتَلَه عَمُّه دُونَ الذى قَتَلَه أبُوه . وإن كان لكلِّ واحِدٍ منهما بنتٌ[25] ، فقَتَلَ أحَدُهما صاحِبَه ، سَقَطَ القِصاصُ عنه ؛ لأنَّه وَرِثَ نصفَ مالِ أخِيه ونصفَ قِصاصِ نَفْسِه ، فسَقَطَ عنه القِصاصُ ، ووَرِثَ مالَ أبِيه الذى قتَلَه أخُوه ونِصْفَ مالِ أخِيه ونصفَ مالِ أبِيه الذى قَتَلَه هو ، ووَرِثَتِ البنتُ التى قُتِلَ أبُوها نِصْفَ مالِ أبيها ونصفَ مالِ جَدِّها الذى قتَلَه عَمُّها ، ولها على عَمِّها نصفُ دِيَةِ قَتِيلِه .

---

(١٩) فى الأصل : « فيصير » .

(٢٠) فى ب : « بمبادرته » .

(٢١) فى م : « القاتل » .

(٢٢) فى م : « لسقوط » .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فى ب : « من » .

(٢٥) فى م : « ابنة » .

فصل : أربعةُ إخْوةٍ ، قَتَلَ الأوَّلُ الثانِى ، والثالثُ الرابعَ ، فالقِصاصُ على الثالثِ ؛ لأنَّه لمَّا قَتَلَ الرابعَ ، لم يَرِثْه ، وورِثَه الأوَّلُ وَحْدَه[(26)] ، وقد كان للرَّابعِ نِصْفُ قِصاصِ الأوَّل ، فرَجَعَ نصفُ قِصاصِه إليه ، فسَقَطَ ، ووَجَبَ للثالثِ نصفُ الدِّيَةِ ، وكان للأوَّلِ قَتْلُ الثالثِ ؛ لأنَّه لم يَرِثْ من دَمِ نَفْسِه شيئًا ، فإن قتَلَه ، وَرِثَه فى ظاهرِ المذهبِ ، ويَرِثُ ما يَرِثُه عن أخِيه الثانى / ، وإن عَفَا عنه إلى الدِّيَةِ ، وجَبَتْ عليه بكمالِها يُقاصّه بنِصْفِها . وإن كان لهما وَرَثَةٌ ، كان فيها من التَّفْصيلِ مثلُ [(27)] الذى فى[27)] التى قَبْلَها .

19/9و

١٤٢٧ – مسألة ؛ قال : (**ويُقْتَلُ الوَلَدُ بِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا**)

هذا قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم مالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وحَكَى أصحابُنا عن أحمدَ ، روايةً ثانيةً ، أنَّ الابنَ لا يُقْتَلُ بأبِيه ؛ لأنَّه ممَّن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه له بحَقِّ النَّسَبِ ، فلا يُقْتَلُ به ، كالأبِ مع ابْنِه . والمذهبُ أنَّه يُقْتَلُ به ؛ للآياتِ ، والأخْبارِ ، ومُوافقةِ القياسِ ، ولأنَّ الأبَ أعْظَمُ حُرْمةً وحَقًّا من الأجْنَبِىِّ ، فإذا قُتِلَ بالأجْنَبِىِّ ، فبالأبِ أوْلَى ، ولأنَّه يُحَدُّ بقَذْفِه ، فيُقْتَلُ به ، كالأجْنَبِىِّ . ولا يَصِحُّ قِياسُ الابنِ على الأبِ ؛ لأنَّ حُرْمةَ الوالدِ على الوَلَدِ آكَدُ ، والابنُ مُضافٌ إلى أبِيه بلامِ التَّمْليكِ ، بخِلافِ [(1)] الوالدِ مع الولدِ[1)] . وقد ذكر أصْحابُنا حديثَيْنِ مُتعارِضَيْنِ عن سُراقَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ؛ أحدهما ، أنَّه قال : « لَا يُقَادُ الْأَبُ مِن ابْنِهِ ، وَلَا الابْنُ مِنْ أَبِيه » . والثانى أنَّه كان يُقيدُ الأبَ مِنَ ابْنِه ، ولا يُقيدُ الابنَ من أبِيه . رواه الترمِذِىُّ[(2)] . وهذان الحديثان ؛ [(3)] الحديثُ الأوَّلُ لا نَعْرِفُه ، ولم نَجِدْه فى كُتُبِ السُّنَنِ المشهورةِ ، ولا أظُنُّ له

---

(26) سقط من : م .

(27–27) سقط من : ب .

(1 – 1) فى ب : « الولد مع الوالد » .

(2) سقط من : الأصل . وأخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى 6/174 .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى 3/142 .

(3) فى م زيادة : « أما » .

أصْلًا ، وإن كان له أصلٌ فهما مُتعارِضانِ مُتَدافِعانِ ، يجبُ اطِّراحُهما ، والعمـلُ بالنُّصوصِ الواضِحَةِ الثَّابتةِ، والإجماعِ الذى لا تجوزُ مُخالَفَته .

١٤٢٨ – مسألة ؛ قال : (ويُقْتَلُ الجَماعةُ بالواحِدِ)

وجملته أنَّ الجماعةَ إذا قَتَلُوا واحدًا ، فعلى كلِّ واحدٍ منهم القِصاصُ ، إذا كان كلُّ[1] واحدٍ منهم لو انْفَرَدَ بفِعْلِه وَجَبَ عليه القِصاصُ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، والمُغِيرةِ ابنِ شُعْبةَ ، وابنِ عباسٍ . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، وأبو سَلَمةَ ، وعطاءٌ ، وقَتادةُ . وهو مذهبُ مالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزَاعِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ وأصْحابِ الرَّأْىِ . [2]وحُكِىَ عن[2] أحمدَ رِوايةٌ أُخْرَى ، لا يُقْتَلُونَ به ، وتـجبُ عليهم الدِّيَةُ . وهذا قولُ ابن الزُّبَيْرِ ، والزُّهْرِىِّ ، وابنِ سِيرِينَ ، وحَبِيبِ بن أبى ثابتٍ ، وعبدِ الملك ، ورَبِيعةَ ، وداودَ ، وابنِ المُنْذِرِ . /وحكاه ابن أبى مُوسَى عن ابنِ عبَّاسٍ . ورُوِىَ عن مُعاذِ بن جَبَلٍ ، وابن الزُّبَيْرِ ، وابن سِيرِينَ ، والزُّهْرِىِّ ، أنَّه يُقْتَلُ منهم واحدٌ ، ويُؤْخَذُ من الباقين حِصَصُهُم من الدِّيَةِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم مُكافِئٌ له ، فلا تُسْتَوْفَى أبْدالٌ بمُبْدَلٍ واحدٍ ، كما لا تجبُ دِياتٌ لمقْتـولٍ واحـدٍ ، ولأنَّ الله تعـالى قال : ﴿ الْحُرُّ بِالْحُرِّ ﴾[3] . وقال : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾[4] . فمُقْتَضاه أنَّه لا يُؤْخَذُ بالنَّفْسِ أكثرُ من نَفْسٍ واحدةٍ ، ولأنَّ التَّفاوُتَ فى الأوْصافِ يَمْنَعُ ، بدليلِ أنَّ الحُرَّ لا يُؤْخَذُ بالعَبْدِ ، والتَّفاوُتُ فى العَدَدِ أَوْلَى . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا حُجَّةَ مع مَنْ أوْجَبَ قَتْلَ جماعةٍ بواحدٍ . ولَنا ، إجْمـاعُ الصَّحابـةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، رَوَى سعيـدُ بن المُسَيَّبِ ، أنَّ عمـرَ بنَ الخطَّـابِ ، قتَـلَ سَبْعـةً من أهـلِ صَنْعـاءَ قَتَلُـوا رَجُـلًا ،

٩/١٩ ظ

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢ – ٢) فى الأصل ، ب : « وعن » .

(٣) سورة البقرة ١٧٨ .

(٤) سورة المائدة ٤٥ .

وقال : لو تَمَالَأَ عليه أهلُ صَنْعاءَ لقَتَلْتُهُم جميعًا[٥] . وعن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه قَتَلَ ثلاثةً قتلُوا رَجُلًا[٦] . وعن ابن عبَّاسٍ أنَّه قَتَلَ جماعةً بواحدٍ[٦] ، ولم يُعْرَفْ لهم فى عَصْرِهِم مُخالِفٌ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّها عُقوبةٌ تجبُ [٧]للواحدِ على الواحدِ ، فوَجَبَتْ للواحدِ[٧] على الجماعةِ ، كحَدِّ القَذْفِ . ويُفارِقُ الدِّيَةَ ، فإنَّها تتَبَعَّضُ ، والقِصاصُ لا يتبعَّضُ ، ولأنَّ القِصاصَ لو سَقَطَ بالاشْتِراكِ ، أدَّى إلى التَّسارُعِ إلى القَتْلِ به ، فيُؤدِّى إلى إسْقاطِ حِكْمةِ الرَّدْعِ والزَّجْرِ .

فصل : ولا يُعْتَبرُ فى وُجُوبِ القِصاصِ على المُشْتَركِينَ التَّساوِى فى سَبَبه ، فلو جَرَحَه رجلٌ جُرْحًا والآخرُ مائةً ، أو جَرَحَه أحدُهما مُوضِحَةً والآخَرُ آمَّةً ، أو أحدُهما جائِفةً والآخرُ غيرَ جائفةٍ ، فمات ، كانا سَواءً فى القِصاصِ والدِّيَةِ ؛ لأنَّ اعتبارَ التَّساوِى يُفْضِى إلى سُقُوطِ القِصاصِ عن المُشْتَرِكِينَ ، إذْ لا يكادُ جُرْحانِ يتَساوِيانِ من كلِّ وَجْهٍ ، ولو احْتَمَلَ التَّساوِىَ لم يَثْبُتِ الحُكْمُ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ يُعْتَبرُ العِلْمُ بوُجُودِه ، ولا يُكْتَفَى باحْتِمالِ الوُجُودِ ، بل الجَهْلُ بوُجُودِه كالعِلْمِ بعَدَمِه فى انْتِفاءِ الحُكْمِ ، ولأنَّ الجُرْحَ الواحدَ يَحْتَمِلُ أن يموتَ منه دون المائةِ ، كما يَحْتَمِلُ أن يموتَ من المُوضِحَةِ دونَ الآمَّةِ ، ومن غير الجائِفَةِ / دون الجائفةِ ، ولأنَّ الجِراحَ إذا صارت نَفْسا سَقَطَ اعْتِبارُها ، فكان حكمُ الجماعةِ كحكمِ الواحِدِ ، ألا تَرَى أنَّه لو قَطَعَ أطْرافَه كلَّها فمات ، وَجَبَتْ دِيَةٌ واحدةٌ ، كما لو قَطَعَ طَرَفَه فمات . (٩/٢٠ و)

فصل : إذا اشتَرَكَ ثلاثةٌ فى قَتْلِ رَجُلٍ ، فقَطَعَ أحدُهُم يَدَه ، والآخرُ رِجْلَه ، وأَوْضَحَه الثالثُ ، فماتَ ، فللوَلِىِّ قَتْلُ جَمِيعِهم ، والعفوُ عنهم إلى الدِّيَةِ ، فيأخذُ من كلِّ واحدٍ ثُلُثَها ، وله أن يَعْفُوَ عن واحدٍ ، فيأخذ منه ثُلُثَ الدِّيَةِ ، ويَقْتُلَ الآخَرَينِ ، وله أن يَعْفُوَ عن اثنَيْنِ ، فيأخذَ منهما ثُلُثَىِ الدِّيَةِ ، ويقتلَ الثالثَ ، فإن بَرَأَتْ

---

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٦١ .

(٦) انظر لحديث علىٍّ ما أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٣٤٨/٩ . ولحديث ابن عباس انظر ما أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٤٧٩/٩ .

(٧-٧) سقط من : ب . نقل نظر .

جِراحةُ أحَدِهِم ، ومات من الجُرْحَيْنِ الآخَرَين ، فله أن يَقْتَصَّ من الذى بَرَأَ جُرْحُه بمثل جُرْحِه ، ويَقْتُلَ الآخَرَيْنِ ، أو يَأْخُذَ منهما دِيَةً كاملةً ، أو يَقْتُلَ أحَدَهُما ويأخذَ من الآخرِ نِصْفَ الدِّيَةِ ، وله أن يَعْفُوَ عن الذى بَرَأَ جُرْحُه ، ويَأْخُذَ منه دِيَةَ جُرْحِه . فإن ادَّعَى المُوضِحُ أنَّ جُرْحَه بَرَأَ قبل مَوْتِه ، وكَذَّبَه شَرِيكاه ، نظَرْتَ فى الوَلِىِّ ، فإن صَدَّقَه ثَبَتَ حكمُ البُرْءِ بالنِّسْبَةِ إليه ، فلا يَمْلِكُ قَتْلَه ، ولا مُطَالَبَتَه بثُلُثِ الدِّيَةِ ، وله أن يَقْتصَّ منه مُوضِحةً ، أو يأخُذَ منه أرْشَها ، ولم يُقْبَلْ قولُه فى حَقِّ شَرِيكَيْه[8] ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ البُرْءِ فيها ، لكنْ إن اخْتارَ الوَلِىُّ القِصاصَ ، فلا فائدةَ لهما فى إنْكارِ ذلك ؛ لأنَّ له أن يَقْتُلَهما ، سَواءٌ بَرَأَتْ أو لم تَبْرَأْ . وإن اخْتارَ الدِّيَةَ ، لم يَلْزَمْهُما أكثرُ من ثُلُثَيْها . وإن كَذَّبَه الوَلِىُّ ، حَلَفَ ، وله الاقْتِصاصُ منه ، أو مُطَالَبَتُه بثُلُثِ الدِّيَةِ ، ولم يكُنْ له مُطالَبةُ شَرِيكَيْه[8] بأكثرَ من ثُلُثَيها[9] . فإن شَهِدَ له شَرِيكاه ببُرْئِها ، لَزِمَهُما الدِّيَةُ كاملةً ؛ لإقْرارِهما بوُجُوبِها ، وللوَلِىِّ أخْذُها منهما إن صَدَّقَهُما ، وإن لم يُصَدِّقْهما ، وعَفَا إلى الدِّيَةِ ، لم يكُنْ له أكثرُ من ثُلُثَيْها ؛ لأنَّه لا يَدَّعِى أكثرَ من ذلك . وتُقْبَلُ شَهادَتُهما له ، إن كانا قد تَابَا وعُدِّلَا ؛ لأنَّهما لا يَجُرَّانِ إلى أنْفُسِهِما بذلك نَفْعًا ، فيَسْقُطُ القِصاصُ عنه ، ولا يَلْزَمُه أكثرُ من أرْشِ مُوضِحَةٍ .

فصل : إذا قَطَعَ رَجُلٌ يَدَه من الكُوعِ ، ثم قَطَعها آخَرُ من المَرْفِقِ ، ثم مات ، نَظَرْتَ ؛ فإن كانت جِراحةُ الأوَّلِ بَرَأَتْ قبلَ / قَطْعِ الثانى ، فالثانى هو القاتلُ وحدَه ، وعليه القَوَدُ ، أو الدِّيَةُ كاملةً ، إن عَفَا عن قَتْلِه ، وله قَطْعُ يَدِ الأوَّلِ ، أو نِصْفُ[10] الدِّيَةِ ، وإن لم تَبْرَأْ ، فهما قاتِلانِ ، وعليهما القِصاصُ فى النَّفْسِ ، وإن عَفَا إلى الدِّيَةِ ، وجَبَتْ عليهما . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : [11] القاتلُ هو [11] الثانى وحدَه ،

٩/٢٠ ظ

(٨) فى ب ، م : « شريكه » .

(٩) فى النسخ : « ثلثها » .

(١٠) فى الأصل : « ونصف » .

(١١ - ١١) فى م : « هو القاتل » .

ولا قِصاصَ على الأوَّلِ فى النَّفْسِ ؛ لأنَّ قَطْعَ الثانى قَطْعُ سِرَايَةِ ، قَطَعهُ ومات بعدَ زَوالِ جِنَايَتِه ، فأشْبَهَ ما لو انْدَمَلَ جُرْحُه . وقال مالك : إن قَطَعَه الثانى عَقِيبَ قَطْعِ الأوَّلِ ، قُتِلا جميعًا ، وإن عاش بعدَ قَطْعِ الأوَّلِ حتى أكَلَ وشَرِبَ ، ومات عَقِيبَ قطعِ الثانى ، فالثانى هو القاتلُ وحدَه ، وإن عَاش بعدَهما حتى أكَلَ وشَرِبَ ، فللأوْلياءِ أن يُقْسِمُوا على أيِّهما شاءُوا ويَقْتُلُوه . ولَنا ، أنَّهما قَطْعانِ لو مات بعدَ كلِّ واحِدٍ منهما وحدَه ، لَوَجَبَ عليه القِصاصُ ، فإذا مات بعدَهما ، وجَبَ عليهما القِصاصُ ، كما لو كان فى يَدَيْنِ ، ولأنَّ القَطْعَ الثانىَ لا يَمْنَعُ جِنايَتَه بعدَه ، فلا يَسْقُطُ حُكْمُ ما قبلَه ، كما لو كان فى يَدَيْنِ ، ولا نُسَلِّمُ زَوَالَ جِنايَتِه ، ولا قَطْعَ سِرَايَتِهِ ، فإنَّ الألَمَ الحاصِلَ بالقَطْعِ الأوَّلِ لم يَزُلْ ، وإنَّما انْضَمَّ إليه الألَمُ الثانى ، فضَعُفَتِ[12] النَّفْسُ عن احْتِمالهما[13] ، فزَهَقَتْ بهما ، فكان[14] القَتْلُ بهما . ويُخالِفُ الانْدِمالَ ؛ فإنَّه لا يَبْقَى معه الألَمُ الذى حَصَلَ فى الأعْضاءِ الشَّرِيفةِ ، فاخْتلَفا . فإن ادَّعَى الأوَّلُ أنَّ جُرْحَه انْدَمَلَ ، فصَدَّقَه الولِىُّ ، سَقَطَ عنه القتلُ ، ولَزِمَه القِصاصُ فى اليَدِ أو نِصْفُ الدِّيَةِ ، وإن كَذَّبَه شَرِيكُه ، واخْتارَ الوَلِىُّ القِصاصَ ، فلا فائِدةَ له فى تَكْذِيبِه ؛ لأنَّ قَتْلَه واجِبٌ ، وإن عَفَا عنه إلى الدِّيَةِ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ولا يَلْزَمهُ أكثرُ من نِصْفِ الدِّيَةِ . وإن كَذَّبَ الولِىُّ الأوَّلَ ، حَلَفَ ، وكان له قَتْلُه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ ما ادَّعاه . ولو ادَّعَى الثانى انْدِمالَ جُرْحِه ، فالحكمُ فيه كالحُكْمِ فى الأوَّلِ إذا ادَّعَى ذلك .

١٤٢٩ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا قَطَعُوا يَدًا[1] ، قُطِعَتْ نَظِيرَتُهَا مِنْ / كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ) ٢١/٩و

وجملتُه أنَّ الجماعةَ إذا اشْتَرَكُوا فى جُرْحٍ مُوجِبٍ للقِصاصِ ، وَجَبَ القِصاصُ على

---

(١٢) فى الأصل : « فضعف » .
(١٣) فى ب ، م : « احتمالها » .
(١٤) فى م : « فكل » .
(١) فى ب ، م : « بها » .

جَمِيعِهِم . وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال الحسنُ ، والزُّهْرِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا تُقْطَعُ يَدانِ بيَدٍ واحدةٍ . ويتَعَيّنُ ذلك وَجْهًا فى مذهبِ أحمدَ ؛ لأنَّه رُوِىَ عنه أنَّ الجماعةَ لا يُقْتَلُونَ بالواحدِ . وهذا تَنْبيهٌ على أنَّ الأطْرافَ لا تُؤْخَذُ بطَرَفٍ واحدٍ ؛ لأنَّ الأطرافَ يُعْتَبرُ التَّساوِى فيها ، بدَلِيلِ أنَّا لا نأْخُذُ الصَّحِيحةَ بالشَّلَّاءِ ، ولا كامِلَةَ الأصابعِ بناقِصَتِها ، ولا أصْلِيَّةً بزائدةٍ ، ولا زائدةً بأصْلِيَّةٍ ، ولا يَمِينًا بيَسارٍ ، ولا يَسارًا بيَمِينٍ ، ولا نُساوِى بينَ الطَّرَفِ والأطْرافِ ، فوَجَبَ امْتِناعُ القِصاصِ بينهما ، ولا يُعْتَبَرُ التَّساوِى فى النَّفْسِ ، فإنَّنا نأخذُ الصَّحِيحَ بالمَرِيضِ[2] ، وصَحِيحَ الأطرافِ بمَقْطُوعِها وأشَلِّها ، ولأنَّه يُعْتَبَرُ فى القِصاصِ فى الأطْرافِ التَّساوِى فى نَفْسِ القَطْعِ، بحيث لو قطَع كلُّ واحدٍ من جانبٍ ، لم يجبِ القِصاصُ ، بخلافِ النَّفْسِ ، ولأنَّ الاشْتراكَ المُوجِبَ للقِصاصِ فى النفسِ يَقَعُ كثيرًا ، فوَجَبَ القِصاصُ زَجْرًا عنه ، كيْلا يُتَّخَذَ وَسِيلةً إلى كَثْرةِ القَتْلِ ، والاشتراكُ المُخْتَلَفُ فيه لا يَقَعُ إلَّا فى غايةِ النُّدْرَةِ ، فلا حاجةَ إلى الزَّجْرِ عنه ، ولأنَّ إيجابَ القِصاصِ على المُشْتَرِكِينَ فى النَّفْسِ يَحْصُلُ به الزَّجْرُ عن كلِّ اشْتراكٍ ، أو عن[3] الاشْتِراكِ المُعْتادِ ، وإيجابُه على[4] المُشْتركِينَ فى الطَّرَفِ ، لا يحْصُلُ به الزَّجْرُ عن الاشْتِراكِ المُعْتادِ ، ولا عن شىءٍ من الاشْتِراكِ ، إلَّا عن[5] صُورَةٍ نادرةِ الوُقُوعِ ، بعيدةِ الوُجُودِ ، يُحْتاجُ فى وُجُودِها إلى تَكَلُّفٍ ، فإيجابُ القِصاصِ للزَّجْرِ عنها يكونُ مَنْعًا لشىءٍ مُمْتَنِعٍ بنَفْسِه لصُعُوبَتِه ، وإطْلاقًا فى القَطْعِ السَّهْلِ المُعْتادِ بنَفْىِ القِصاصِ عن فاعِلِه ، وهذا لا فائدةَ فيه ، بخلافِ الاشْتِراكِ فى النَّفْسِ ، يُحَقِّقُه أنَّ وُجُوبَ القِصاصِ على[6] الجماعةِ بواحدٍ فى النَّفْسِ والطَّرَفِ على خلافِ الأصْلِ ، لكَوْنِه يَأْخُذُ فى الاسْتِيفاءِ زِيادَةً على ما فوَّتَ

---

(٢) فى ب : « والمريض » .

(٣) فى ب : « وعن » .

(٤) فى ب ، م : « عن » .

(٥) فى م : « على » .

(٦) فى ب : « عن » .

٢١/٩ ظ

عليه[٧] ، ويُخِلُّ بالتماثُلِ المَنْصُوصِ على النَّهْيِ عمَّا عَدَاه ، / وإنَّما خُولِفَ هذا الأصلُ فى الأنْفسِ ، زَجْرًا عن الاشْتراكِ الذى يَقَعُ القَتْلُ به غالِبًا ، ففيما عَدَاه يَجِبُ البقاءُ على أصْلِ التَّحْريمِ ، ولأنَّ النَّفْسَ أشْرَفُ من الطَّرَفِ ، ولا يَلْزَمُ من المُحافظةِ عليها بأَخْذِ الجماعةِ بالواحِدِ ، المَحافَظةُ على ما دُونَها بذلك . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ شاهِدَيْنِ شَهِدا عندَ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، على رَجُلٍ بالسَّرِقةِ ، فقَطَعَ يَدَه ، ثم جاءَا بآخَرَ ، فقالا[٨] : هذا هو السَّارِقُ ، وأخطَأْنا فى الأوَّلِ . فرَدَّ شَهادَتَهُما على الثانى ، وغَرَّمَهُما دِيَةَ يَدِ[٩] الأوَّلِ ، وقال : لو عَلِمْتُ أنَّكما تَعَمَّدْتُما ، لَقَطَعْتُكُما[١٠] . فأخْبَرَ أن القِصاصَ على كلِّ واحِدٍ منهما لو تَعَمَّدَا قَطْعَ يَدٍ[١١] واحدةٍ . ولأنَّه أحدُ نَوْعَىِ القِصاصِ ، فتُؤْخَذُ الجماعةُ بالواحِدِ كالأنْفُسِ ، وأمَّا اعتبارُ التَّساوِى ، فمِثْلُه فى الأنْفُسِ ، فإنَّنا نَعْتَبِرُ التَّساوِىَ فيها ، فلا نأخُذُ مُسْلِمًا بكافرٍ ، ولا حُرًّا بعَبْدٍ ، وأمَّا أخْذُ صحيحِ الأطْرافِ بمَقْطُوعِها ، فلأنَّ الطَّرَفَ ليس هو[١٢] من النَّفْسِ المُقْتَصِّ[١٢] منها ، وإنما يفُوتُ تَبَعًا ، ولذلك كانت دِيَتُهُما[١٣] واحدةً ، بخلافِ اليَدِ النَّاقصةِ والشَّلَّاءِ مع الصَّحِيحةِ ، فإنَّ دِيَتَهُما[١٣] مُخْتلِفةٌ . وأمَّا اعْتبارُ التَّساوِى فى الفِعْلِ ، فإنَّما اعْتُبِرَ فى الْيَدِ لأنَّه يُمْكِنُ مُباشَرَتُها بالقَطْعِ ، فإذا قَطَعَ كلُّ واحِدٍ منهما[١٤] من جانبٍ ، كان فِعْلُ كلِّ واحِدٍ منهما مُتَمَيِّزًا عن فِعْلِ صاحِبِه ، فلا يجبُ على إنْسانٍ قَطْعُ مَحَلٍّ لم يقْطَعْ مثلَه ، وأمَّا النَّفْسُ ، فلا يُمْكِنُ مُباشَرَتُها بالفعلِ ، وإنما أفْعالُهم فى البَدَنِ ، فيُفْضِى أَلَمُه إليها فتَزْهَقُ ، ولا يتَمَيَّزُ ألمُ فِعْلِ أحدِهما من ألَمِ فِعْلِ الآخَرِ ، فكانا كالْقاطِعَيْنِ فى مَحَلٍّ واحِدٍ ،

---

(٧) فى ب : « علمه » .

(٨) فى م : « فقال » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٥٦ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) فى ب : « ديتها » .

(١٤) فى م : « منها » .

ولذلك[١٥] لا يُسْتَوْفَى من الطَّرَفِ إلَّا فى المَفْصِلِ الذى قَطَعَ الجانِى منه ، ولا يجوزُ تَجاوُزُه ، وفى النَّفْسِ لو قَتَلَه بجُرْحٍ فى بَطْنِه أو جَنْبِه أو غيرِ ذلك ، كان الاسْتِيفاءُ من العُنُقِ دون المَحَلِّ الذى وقَعتِ الجِنايةُ فيه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّما يَجِبُ القِصاصُ على المُشْتَرِكِينَ فى الطَّرَفِ ، إذا اشتركُوا فيه على وَجْهٍ لا يتَمَيَّزُ فِعْلُ أحَدِهم عن فِعْلِ الآخَرِ ؛ إمَّا بأن يشْهدُوا عليه بما يُوجِبُ قَطْعَه ، فيُقْطَعُ ، ثم يَرْجِعُونَ عن الشَّهادةِ ، أو يُكْرِهُوا إنسانًا على قَطْعِ طَرَفٍ ، فيَجِبُ قَطْعُ المُكْرِهِينَ كلِّهم والمُكْرَه ، أو يُلْقُوا صَخْرةً على طَرَفِ إنسانٍ ، فيَقْطَعه ، أو يَقْطَعُوا يَدًا ، أو يَقْلَعُوا عَينًا ، بضَرْبةٍ واحدةٍ ، أو يَضَعُوا حَدِيدةً على /مَفْصِلٍ ، ويتَحامَلُوا عليها جميعًا ، أو يَمُدُّوهَا ، فتَبِينُ ، فإن قَطَعَ كلُّ واحِدٍ منهم من جانبٍ ، أو قَطَعَ أحدُهم بعضَ المَفْصِلِ ، وأتَمَّه غيرُه ، أو ضَرَبَ كلُّ واحِدٍ ضَرْبةً ، أووَضَعُوا مِنْشارًا على مَفْصِلِه ، ثم مَدَّه كلُّ واحِدٍ إليه مَرَّةً[١٦] حتى بانَتِ اليَدُ ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم[١٧] لم يَقْطَعِ اليَدَ ، ولم يُشارِكْ فى قَطْعِ جَمِيعِها ، وإن كان فِعْلُ[١٨] واحِدٍ منهم يُمْكِنُ الاقْتِصاصُ بمُفْرَدِه ، اقْتُصَّ منه . وهذا مذهبُ الشافِعىِّ .

٩/٢٢و

١٤٣٠ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا قَتَلَ الْأَبُ وغَيْرُهُ عَمْدًا ، قُتِلَ مَنْ سِوَى الْأَبِ)

وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وعن أحمدَ ، رِوايةٌ أُخْرَى ، لا قِصاصَ على واحِدٍ منهما . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه قَتْلٌ تَرَكَّبَ من مُوجِبٍ وغيرِ مُوجِبٍ ، فلم يُوجِبْ ، كقَتْلِ العامِدِ والخاطِئِ ، والصَّبِىِّ والبالغ ، والمَجْنُونِ والعاقِلِ . ولَنا ، أنَّه شارَكَ فى القَتْلِ العَمْدِ العُدْوانِ مَن[١] يُقْتَلُ به لو انْفَرَدَ بقَتْلِه ، فوَجَبَ عليه القِصاصُ ،

---

(١٥) فى ب : « وكذلك » .
(١٦) فى ب زيادة : « مرة » .
(١٧) فى ب : « منها » .
(١٨) فى الأصل ، م : « قتل » .
(١) فى الأصل ، م : « فيمن » .

كشَريكِ الأَجْنَبِيِّ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ فِعْلَ الأبِ غيرُ مُوجِبٍ ؛ فإنَّه يَقْتَضِى الإيجابَ لكَوْنِه تمَحَّضَ عَمْدًا عُدْوانًا ، والجِنايَةُ به أعْظَمُ إثْمًا ، وأكثرُ جُرْمًا ، ولذلك خَصَّه اللهُ تعالى بالنَّهْيِ عنه ، فقال : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَادَكُمْ ﴾ . ثم قال : ﴿ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا ﴾[٢] . ولما سُئِلَ النَّبِىُّ ﷺ عن أعْظَمِ الذَّنْبِ ، قال : « أَنْ تَجْعَلَ لِلهِ نِدًّا وَهُوَ خَلَقَكَ ، ثُمَّ أَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ خَشْيَةَ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ »[٣] . فجَعلَه أعْظَمَ الذُّنُوبِ بعدَ الشِّرْكِ ، ولأنَّه قَطَعَ الرَّحِمَ التى أمَرَ اللهُ تعالى بصِلَتِها ، ووَضَعَ الإساءَةَ مَوْضِعَ الإِحْسانِ ، فهو أوْلَى بإيجابِ العُقُوبةِ والزَّجْرِ عنه ، وإنما امْتَنَعَ الوُجُوبُ فى حَقِّ الأبِ لمعنًى مُخْتَصٍّ بالمَحَلِّ ، لا لِقُصُورٍ فى السَّبَبِ المُوجِبِ ، فلا يَمْتَنِعُ عَمَلُه فى المَحَلِّ الذى لا مانِعَ فيه ، وأمَّا شَريكُ الخاطِئِ ، فلَنا فيه مَنْعٌ ، ومع التَّسْليمِ فامْتِناعُ الوُجُوبِ فيه لقُصُورِ السَّبَبِ عن الإيجابِ ، فإنَّ فِعْلَ الخاطِئِ غيرُ مُوجِبٍ للقِصاصِ ، ولا صالحٍ له ، والقَتْلُ منه ومن شَريكه غيرُ مُتَمَحِّضٍ عَمْدًا ؛ لوُقُوعِ الخَطَأِ فى الفِعْلِ الذى حَصَلَ به زُهُوقُ النَّفْسِ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا .

فصل : وكلُّ شَرِيكَيْنِ امْتَنَعَ القِصاصُ فى حَقِّ أحَدِهما ، لمعنًى فيه من غيرِ قُصُورٍ فى السَّبَبِ ، فهو فى وُجُوبِ القِصاصِ على شَرِيكِه / كالأبِ وشَرِيكِه ، مثل أن يَشْتَرِكَ مسلمٌ وذِمِّىٌّ فى قَتْلِ [٤]ذِمِّىٍّ ، أو حُرٌّ وعبدٍ فى قَتْلِ[٤] عَبْدٍ ، عَمْدًا عُدْوانًا ، فإنَّ القِصاصَ لا

٩/٢٢ ظ

---

(٢) سورة الإسراء ٣١ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ فلا تجعلوا لله أندادا وأنتم تعلمون ﴾ ، وباب : ﴿ والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب قتل الولد خشية أن يأكل معه ، من كتاب الأدب ، وفى : باب إثم الزناة ، من كتاب الحدود ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم ﴾ ، من كتاب الديات ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ فلا تجعلوا لله أندادا ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٢٢/٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ٩/٨ ، ٢٠٤ ، ٢/٩ ، ١٨٦ . ومسلم ، فى : باب كون الشرك أقبح الذنوب وبيان أعظمها بعده ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٠/١ ، ٩١ . وأبو داود ، فى : باب فى تعظيم الزنى ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٩/١ ، ٥٤٠ . والترمذى ، فى : باب ومن سورة الفرقان ، من أبواب التفسير ، عارضة الأحوذى ٥٧/١٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر أعظم الذنب ، من كتاب تحريم الدم . المجتبى ٨٢/٧ ، ٨٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨٠/١ ، ٤٣١ ، ٤٣٤ ، ٤٦٢ .

(٤ - ٤) سقط من : م . نقل نظر .

يَجبُ على المسلمِ والحُرِّ ، ويجبُ على الذِّمِّىِّ والعبدِ ، إذا قُلْنا بوُجُوبِه على شَرِيكِ الأبِ ؛ لأنَّ امْتِناعَ القِصاصِ عن المسلمِ لإسْلامِه ، وعن الحُرِّ لحُرِّيَّته ، وانْتفاءِ مُكافأةِ المَقْتُولِ له ، وهذا المعنى لا يتعَدَّى إلى فِعْلِه ، ولا إلى شَرِيكِه ، فلم يَسْقُطِ القِصَاصُ عنه . وقد نقَلَ عبدُ الله بن أحمدَ ، قال : سألتُ أبى عن حُرٍّ وعبدٍ قتَلا عَبْدًا عَمْدًا ، قال : أمَّا الحُرُّ فلا يُقْتَلُ بالعَبْدِ ، وعلى الحُرِّ نِصْفُ قِيمَةِ العَبْدِ فى مالِه ، والعَبْدُ إن شاء سَيِّدُه أسْلَمَه ، وإلَّا فَدَاه بِنِصْفِ قِيمَةِ العَبْدِ . وظاهرُ هذا أنَّه لا قِصاصَ على العبدِ ، فيُخَرَّجُ مثلُ ذلك فى كلِّ قَتْلٍ شارَكَ فيه مَنْ لا يَجِبُ عليه القِصاصُ .

١٤٣١ – مسألة ؛ قال : (وإذَا اشْتَرَكَ فِى الْقَتْلِ صَبِىٌّ ومَجْنُونٌ وبَالِغٌ ، لَم يُقْتَلْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، وعَلَى الْعَاقِلِ ثُلُثُ الدِّيَةِ فِى مَالِهِ ، وعَلَى عاقِلَةِ كُلِّ واحِدٍ مِنَ الصَّبِىِّ والْمَجْنُونِ ثُلُثُ الدِّيَةِ وعِتْقُ رقَبَتَيْنِ فى أمْوَالِهِما ؛ (١)لِأَنَّ عَمْدَهُمَا خَطَأٌ(١))

أمَّا إذا شارَكَ[٢] فى القَتْلِ مَن لا قِصاصَ عليه لمَعْنًى فى فِعْلِه[٣] ؛ كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، فالصَّحِيحُ فى المذهبِ أنَّه لا قِصاصَ عليه . وبهذا قال الحسنُ ، والأوْزَاعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو حنيفةَ ، وأصْحابُه . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ القَوَدَ يجبُ على البالغِ العاقلِ . حَكاها ابنُ[٤] المُنْذِرِ عن أحمدَ . وحُكِىَ ذلك عن مالكٍ . وهو القولُ الثانى للشافعىِّ . ورُوِى ذلك عن قَتادةَ ، والزُّهْرِىِّ ، وحَمَّادٍ ؛ لأنَّ القِصاصَ عُقُوبةٌ تَجبُ عليه جَزاءً لِفِعْلِه ، فمتى كان فِعْلُه عَمْدًا عُدْوانًا ، وجَبَ القِصاصُ عليه ، ولا نَظَرَ[٥] إلى فِعْلِ شَرِيكِه بحالٍ ، ولأنَّه شارَكَ فى القَتْلِ عَمْدًا عُدْوانًا ، فوَجَبَ عليه القِصاصُ ، كشَرِيكِ الأجْنَبِىِّ ، وذلك لأنَّ الإنْسانَ إنَّما

(١ – ١) سقط من : الأصل ، ب . وسيأتى التنصيص عليه خلال الشرح .
(٢) فى الأصل ، م : « شاركوا » .
(٣) سقط من : الأصل .
(٤) سقط من : م .
(٥) فى م : « ننظر » .

يُؤَاخَذُ[٦] بفِعْلِه لا بفِعْلِ غيرِه . فعلى هذا ، يُعْتَبرُ فِعْلُ الشَّرِيكِ مُنْفرِدًا ، فمتى تمَحَّضَ عَمْدًا عُدْوانًا ، وكان المقتولُ مُكافِئًا له ، وَجَبَ عليه القِصاصُ . وبَنَى الشافِعىُّ قولَه على أنَّ فِعْلَ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ إذا تعَمَّدَاه عَمْدٌ ؛ لأنَّهما يَقْصِدان القَتْلَ ، وإنَّما سُقُوطُ القِصاصِ عنهما لمعنًى فيهما ، وهو عَدَمُ التَّكْلِيفِ ، فلم يَقْتَضِ سُقُوطَه / عن شَرِيكِهما ، كالأُبُوَّةِ . ولَنا ، أنَّه شَارَكَ مَنْ لا مَأْثَمَ عليه فى فِعْلِه ، فلم يَلْزَمْه قِصاصٌ ، كشَرِيكِ الخاطئِ ، ولأنَّ الصَّبِىَّ والمَجْنونَ لا قَصْدَ لهما صحيحٌ ، ولهذا لا يَصِحُّ إقْرارُهما ، فكان حكمُ فِعْلِهما حُكْمَ الخطإِ ، وهذا معنى قولِ الخِرَقِىِّ : عَمْدُهما خَطَأٌ . أى فى حُكْمِ الخَطَإِ فى انْتِفاءِ القِصاصِ عنه[٧] ، ومِقْدارِ[٨] دِيَتِه ، وحَمْلِ عاقِلَتِهما إيَّاها ، ووُجُوبِ الكَفَّارةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ عليهم أثْلاثًا ، على كلِّ واحدٍ منهم ثُلُثُها ؛ لأنَّ الدِّيَةَ بَدَلُ المَحَلِّ ، ولذلك اخْتلَفَتْ باخْتِلافِه ، والمَحَلُّ المُتْلَفُ واحدٌ ، فكانت دِيَتُه واحدةً ، ولأنَّها تتَقَدَّرُ بقَدْرِه ، أمَّا القِصاصُ ، فإنَّما كَمَلَ فى كلِّ واحدٍ لأنَّه جَزَاءُ الفِعْلِ ، وأفْعالُهُم مُتَعَدِّدةٌ ، فتَعَدَّدَ[٩] فى حَقِّهِم ، وكَمَلَ فى حَقِّ كلِّ واحدٍ ، كما لو قَذَفَ جماعةً واحدًا ، إلَّا أنَّ الثُّلُثَ الواجبَ على المُكَلَّفِ يَلْزَمُه[١٠] فى مالِه حالًّا ؛ لأنَّ فِعْلَه عَمْدٌ ، والعاقِلَةُ لا تَحْمِلُ العَمْدَ ، وما يَلْزَمُ الصَّبِىَّ والمَجْنُونَ ، فعلى عاقِلَتِهما ؛ لأنَّ عَمْدَهُما خطأٌ ، والعاقِلةُ تَحْمِلُ جِنايةَ الخَطَإِ إذا بَلَغَتْ ثُلُثَ الدِّيَةِ ، وتكونُ مُؤَجَّلَةً عامًا ، فإنَّ الواجبَ متى كان ثُلُثَ الدِّيةِ ، كان أجَلُه عامًا ، ويَلْزَمُ كلَّ واحدٍ منهما الكَفَّارَةُ فى[١١] مالِه ؛ لأنَّ فِعْلَهُما خطأٌ ، والقاتِلُ الخاطِئُ والمُشارِكُ فى القَتْلِ خَطَأً ، يَلْزَمُه كَفَّارَةٌ ؛ لأنَّها لا تجبُ بَدَلًا عن المَحَلِّ ، ولهذا لم تخْتلِفْ ، وإنَّما

٢٣/٩ و

---

(٦) فى ب ، م : « يؤخذ » .

(٧) فى م : « عند » .

(٨) فى م : « ومدار » .

(٩) فى م : « فتعد » .

(١٠) فى م : « يلزم » .

(١١) فى ب ، م : « من » .

وجَبَتْ تَكْفِيرًا للفِعْلِ ، ومَحْوًا لأثرِه ، فوَجَبَ[١٢] تَكْمِيلُها ، كالقِصَاصِ .

١٤٣٢ – مسألة ؛ قال : (ويُقْتَلُ الذَّكَرُ بِالأُنْثَى ، والأُنْثَى بِالذَّكَرِ)

هذا قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم النخعيُّ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، ومالكٌ ، وأهلُ المدينةِ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ ، وغيرُهم . ورُوِىَ عن عليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : يُقْتَلُ الرجلُ بالمرأةِ ، ويُعْطَى أولياؤُه نِصْفَ الدِّيَةِ . أخْرَجه سعيدٌ[١] . ورُوِىَ مثلُ هذا عن أحمدَ . وحُكِىَ ذلك عن الحسنِ ، وعطاءٍ . وحُكِىَ عنهما مثلُ قَوْلِ الجماعةِ . ولَعَلَّ مَنْ ذَهَبَ إلى القولِ الثانى يَحْتَجُّ بقولِ عليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ولأنَّ عَقْلَها نِصْفُ عَقْلِه ، فإذا قُتِلَ بها بَقِىَ له بَقِيَّةٌ ، فاسْتُوفِيَتْ ممَّن قَتَلَه . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾[٢] . وقولُه : ﴿ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ ﴾[٣] . مع عُمومِ سائرِ النُّصوصِ ، وقد ثَبَتَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قَتَلَ يَهُودِيًّا رَضَّ رأسَ جاريةٍ من الأنْصارِ[٤] . ورَوَى أبو بكرِ بن محمدِ بن عمرِو بن / حَزْمٍ ، عن أبِيه ، عن جَدِّه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ كَتَبَ إلى أهلِ اليَمَنِ بكتابٍ فيه الفرائضُ والأسْنانُ ، وأنَّ الرَّجُلَ يُقْتَلُ بالمرأةِ[٥] . وهو كِتابٌ مشهورٌ عند أهلِ العلمِ ، مُتَلَقًّى بالقَبُولِ عندَهم ، ولأنَّهما شَخْصانِ يُحَدُّ كلُّ واحِدٍ منهم[٦] بقَذْفِ صاحِبِه ، فقُتِلَ كلُّ واحِدٍ منهما بالآخَرِ ،

٩/٢٣ظ

---

(١٢) فى ب : « فوجبت » .

(١) وأخرجه ابن جرير ، فى : تفسير سورة البقرة ، الآية ١٧٨ . تفسير الطبرى ٢/١٠٥ .

(٢) سورة المائدة ٤٥ .

(٣) سورة البقرة ١٧٨ .

(٤) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٤٨ .

(٥) أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر حديث عمرو بن حزم فى العقول ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/٥١ ، ٥٢ . والدارمى ، فى : باب القود بين الرجال والنساء ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ٢/١٨٩ ، ١٩٠ . والحاكم ، فى : كتاب الزكاة . المستدرك ١/٣٩٥–٣٩٧ . والبيهقى ، فى : باب قتل الرجل بالمرأة ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٨/٢٨ .

(٦) كذا فى النسخ .

كالرَّجُلَيْنِ ، ولا يجبُ مع القِصاصِ شىءٌ ؛ لأنَّه قِصاصٌ واجبٌ ، فلم يَجِبْ[7] معه شىءٌ على المُقْتَصِّ ، كسائرِ القِصاصِ ، واخْتِلافُ الأبْدالِ لا عِبْرَةَ به فى القِصاصِ ، بدليلِ أنَّ الجماعةَ يُقْتَلُونَ بالواحِدِ ، والنَّصْرانِىَّ يُؤْخَذُ بالمَجُوسِىِّ ، مع اخْتلافِ دِينَيْهِما ، ويُؤْخَذُ العَبْدُ بالعبدِ ، مع اخْتلافِ قِيمَتِهِما .

فصل : ويُقْتَلُ كلُّ واحِدٍ من الرجلِ والمرأةِ بالخُنْثَى ، ويُقْتَلُ بهما ؛ لأنَّه لا يَخْلُو من أن يكونَ ذكَرًا أو أُنْثَى .

١٤٣٣ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَانَ بَيْنَهُمَا فِى النَّفْسِ قِصَاصٌ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا فِى الْجِرَاحِ)

وجملتُه أنَّ كلَّ شَخْصينِ جَرَى بينهما القِصاصُ فى النَّفْسِ ، جَرَى القِصاصُ بينهما فى الأَطْرافِ ، فيُقْطَعُ الحُرُّ المسلمُ بالحُرِّ المسلمِ ، والعَبْدُ بالعبدِ ، والذِّمِّىُّ بالذِّمِّىِّ ، والذَّكرُ بالأُنْثَى ، والأُنْثَى بالذَّكرِ ، ويُقْطَعُ النَّاقِصُ بالكامِلِ ، كالعبدِ بالحُرِّ ، والكافرِ بالمسلمِ . ومَنْ لا يُقْتَلُ بقَتْلِه ، لا يُقْطَعُ طَرَفُه بطَرَفِه ، فلا يُقْطَعُ مسلمٌ بكافرٍ ، ولا حُرٌّ بعبدٍ، ولا والدٌ[1] بولدٍ. وبهذا قال مالكٌ، والثَّوْرِىُّ، والشافعىُّ، وأبو ثَوْرٍ، وإسحاقُ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال[2] أبو حنيفةَ : لا قِصاصَ فى الطَّرَفِ بين مُخْتَلِفى البَدَلِ ، فلا يُقْطَعُ الكامِلُ بالناقصِ ، ولا النَّاقصُ بالكامِلِ ، ولا الرَّجُلُ بالمرأةِ ، ولا المرأةُ بالرَّجُلِ ، ولا الحرُّ بالعبدِ ، ولا العبدُ بالحُرِّ[3] ، ويُقْطَعُ المسلمُ بالكافرِ ، والكافرُ بالمسلمِ ؛ لأنَّ التَّكافُؤَ مُعْتبرٌ فى الأَطْرافِ ، بدليلِ أنَّ الصَّحِيحةَ لا تُؤْخَذُ بالشَّلَّاءِ ، ولا الكاملةَ بالنَّاقصةِ، فكذا لا يُؤْخَذُ طَرَفُ الرجلِ بطَرَفِ المرأةِ ، ولا يُؤْخَذُ طَرَفُها بطَرَفِه،

---

(٧) سقط من : الأصل .

(١) فى ب ، م : « ولد » .

(٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣) فى الأصل ، ا زيادة : « ولا العبد بالعبيد » .

كما لا تؤخذُ اليُسْرَى باليُمْنَى . ولَنا ، أنَّ مَنْ جَرَى بينهما القِصاصُ فى النفسِ[4] ، جَرَى[5] ، فى الطَّرَف ، كالحُرَّيْن ، وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بالقِصاصِ فى النَّفْسِ ، فإنَّ التَّكافُؤَ مُعْتَبرٌ ، بدليلِ أنَّ المسلمَ لا يُقْتَلُ بمُسْتَأْمنٍ ، ثم يَلْزَمُه أن يَأْخُذَ / النَّاقِصةَ بالكاملةِ ؛ لأنَّ المُماثلةَ قد وُجِدَتْ وزِيادَةٌ ، فوَجَبَ أخْذُها بها إذا رَضِىَ المُسْتَحِقُّ ، كما تُؤْخَذُ ناقِصةُ الأصابعِ بكاملةِ الأصابعِ ، وأمَّا اليَسارُ واليمينُ ، فيَجْرِيانِ مَجْرَى النَّفْسَيْنِ[6] ، لِاختلافِ مَحَلَّيْهِما ، ولهذا استوَى بَدَلُهما ، فعُلِمَ أنَّها ليست ناقِصةً عنها شَرْعًا ، ولا العِلَّةُ فيهما[7] ذلك . ٢٤/٩و

١٤٣٤ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا قَتَلَاهُ ، وأحَدُهُمَا مُخْطِئٌ ، والْآخَرُ مُتَعَمِّدٌ ، فَلَا قَوَدَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وعَلَى الْعَامِدِ نِصْفُ الدِّيَةِ فِى مَالِهِ ، وعَلَى عَاقِلَةِ الْمُخْطِئِ نِصْفُهَا ، وعَلَيْهِ فِى مَالِهِ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)

أمَّا المُخْطِئُ ، فلا قِصاصَ عليه ؛ للكِتَابِ والسُّنَّةِ والإِجْماعِ ، أمَّا الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ ﴾[2] . وأمَّا السُّنَّةُ ، فقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « عُفِىَ لِأُمَّتِى عَنِ الْخَطَإِ والنِّسْيانِ »[3] . وأجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّه لا قِصاصَ عليه ، وأمَّا شَرِيكُه فأكْثَرُ أهلِ العلمِ لا يَرَوْنَ عليه قِصاصًا . وبه قال النَّخَعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ عليه

---

(٤) سقط من : ب .
(٥) فى ب زيادة : « بينهما » .
(٦) فى م : « النفس » .
(٧) فى ب : « فيها » .
(١) سورة النساء ٩٢ .
(٢) سورة الأحزاب ٥ .
(٣) تقدم تخريجه فى : ١٤٦/١ .

القِصَاصَ . وحكى ذلك [٤]عن مالكٍ[٤] ؛ لأنَّه شارَكَ فى القَتْلِ عَمْدًا عُدْوانًا ، فوَجَبَ عليه القِصاصُ ، كشَرِيكِ العامِدِ ، ولأنَّ مُؤاخَذَتَه بفِعْلِه ، وفِعْلُه عَمْدٌ وعُدْوانٌ[٥] لا عُذْرَ له فيه . ولَنا ، أنَّه قَتْلٌ لم يتَمَحَّضْ عَمْدًا ، فلم يُوجِبِ القِصَاصَ ، كشِبْهِ العَمْدِ ، وكما لو قَتَلَه واحدٌ بجُرْحَيْنِ عَمْدًا وخَطَأً ، ولأنَّ كلَّ واحدٍ من الشَّرِيكَيْنِ مُباشِرٌ ومُتَسَبِّبٌ[٦] ، فإذا كانا عامِدَيْنِ ، فكلُّ واحدٍ مُتَسَبِّبٌ إلى فِعْلٍ مُوجِبٍ للقِصاصِ ، فقام فِعْلُ شَرِيكِهِ مَقامَ فِعْلِه لِتَسَبُّبِه إليه ، وهٰهُنا إذا أقَمْنا المُخْطِئَ مُقامَ[٧] العامِدِ ، صار كأنَّه قَتَلَه بعَمْدٍ وخَطإٍ ، وهذا غيرُ مُوجِبٍ .

فصل : وهل يجبُ القِصاصُ على شَرِيكِ نَفْسِه وشَرِيكِ السَّبُعِ ؟ فيه وَجْهان ، ذكَرهما أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامدٍ ، وصورةُ ذلك ، أن يَجْرَحَه سَبُعٌ ، ويَجْرَحَه إنسانٌ عَمْدًا ، إمَّا قبلَ ذلك أو بعدَه ، فيموتَ منهما ، أو يجرحَ نَفْسَه عمدًا ، ثم يَجْرَحَه[٨] غيرُه / عمدًا ، فيموتَ منهما ، فهل يجبُ على المُشارِكِ له قِصاصٌ ؟ فيه وَجْهان . ٩/٢٤ظ واخْتلَف[٩] عن الشافعيِّ فيه . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : لا قِصاصَ عليه ؛ لأنَّه شارَكَ مَنْ لا يجبُ القِصاصُ عليه ، فلم يَلْزَمْه قِصاصٌ ، كشَرِيكِ الخاطِئِ ، ولأنَّه قَتْلٌ تَرَكَّبَ من مُوجِبٍ وغيرِ مُوجِبٍ ، فلم يُوجِبْ ، كالقَتْلِ الحاصِلِ من عَمْدٍ وخَطَأٍ ، ولأنَّه إذا لم يجبْ على شَرِيكِ الخاطئِ وفِعْلُه مَضْمُونٌ ، فلأنْ لا يَجِبَ على شَرِيكِ مَنْ لا يُضْمَنُ فِعْلُه أَوْلَى . والوَجْهُ الثانى ، عليه القِصاصُ . وهو قولُ أبى بكرٍ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا جَرَحَه رَجُلٌ ، ثم جَرَحَ الرَّجُلُ نَفْسَه ، فمات ، فعلى شَرِيكِه القِصاصُ ؛ لأنَّه قَتْلٌ عَمْدٌ مُتَمَحِّضٌ ، فوَجَبَ القِصاصُ على الشَّرِيكِ فيه ، كَشَرِيكِ الأبِ ، فأمَّا إن جَرَحَ الرَّجُلُ

(٤ - ٤) سقط من : ب ، م .
(٥) سقطت الواو من : الأصل .
(٦) فى ب : « ويتسبب » .
(٧) فى الأصل زيادة : « فعل » .
(٨) فى م : « يخرجه » .
(٩) أى النقل .

نَفْسَه خطأً ، كأنَّه أراد ضَرْبَ جارِحةٍ ، فأصاب نَفْسَه ، أو خاطَ جُرْحَه ، فصادَفَ اللَّحْمَ الحَىَّ ، فلا قِصاصَ على شَرِيكِه ، فى أصَحِّ الوَجْهين . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ عليه القِصاصَ ، بِناءً على الرِّوايتَيْنِ فى شرِيكِ الخاطئِ .

فصل : فإن جَرَحَه إنسانٌ ، فتَداوَى بسُمٍّ فمات ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان سُمَّ ساعةٍ يَقْتُلُ[10] فى الحالِ ، فقد قَتَلَ نَفْسَه ، وقَطَعَ سِرايةَ الجُرْحِ ، وجَرَى مَجْرَى مَنْ ذَبَحَ نَفْسَه بعدَ أن جُرِحَ ، ونَنْظُرُ فى الجُرْحِ ، فإن كان مُوجِبًا للقِصاصِ ، فلِوَلِيِّه اسْتِيفاؤُه ، وإن لم يكُنْ مُوجِبًا له ، فلِوَلِيِّه الأرْشُ ، وإن كان السُّمُّ لا يَقْتُلُ فى الغالِبِ ، وقد يَقْتُلُ ، ففِعْلُ[11] الرَّجُلِ فى نَفْسِه عَمْدُ خطإٍ ، والحكمُ فى شَرِيكه كالحُكْمِ فى شَرِيكِ الخاطئِ ، وإذا لم يَجِبِ القِصاصُ ، فعلى الجارِحِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وإن كان السُّمُّ يَقْتُلُ غالبًا بعدَ مُدَّةٍ ، احْتَمَلَ أن يكونَ عَمْدَ الخَطإِ أيضًا ؛ لأنَّه لم يَقْصِدِ القَتْلَ ، إنَّما قَصَدَ التَّداوِى ، فيكونُ كالذى قَتَلَه ، واحْتَمَلَ أن يكونَ فى حُكْمِ العَمْدِ ، فيكونَ فى شَرِيكِه الوَجْهان المذكُوران فى الفَصْلِ الذى قبلَه . وإن جُرِحَ رَجُلٌ ، فَخاطَ جُرْحَه ، أو أمَرَ غيرَه فخاطَه له ، وكان ذلك ممَّا يجوزُ أن يَقْتُلَ ، فحكمُه حكمُ ما لو شَرِبَ سُمًّا يجوزُ أن يَقْتُلَ ، على ما مَضَى فيه . وإن خاطَه غيرُه بغيرِ إذْنِه / كُرْهًا ، فهما قاتِلان عليهما القَوَدُ . وإن خاطَه وَلِيُّه ، أو الإمامُ ، وهو ممَّن لا وِلايةَ عليه ، فهما كالأجْنَبِىِّ ، وإن كان لهما عليه وِلايةٌ ، فلا قَوَدَ عليهما ؛ لأنَّ فِعْلَهُما جائزٌ لهما ، إذْ لهما مُداواتُه ، فيكونُ ذلك خطأً . وهل على الجارِحِ القَوَدُ ؟ فيه وَجْهان ، بِناءً على شَرِيكِ الخاطئِ .

٢٥/٩ و

١٤٣٥ – مسألة ؛ قال : (**ودِيَةُ الْعَبْدِ قِيمَتُهُ ، وإنْ بَلَغَتْ دِيَاتٍ**)

أجمعَ أهلُ العلمِ على[1] أنَّ فى العَبْدِ ، الذى لا تَبْلُغُ قِيمَتُه دِيَةَ الحُرِّ ، قِيمَتَه . وإن

---

(١٠) فى ب : « فقتل » .

(١١) فى ب ، م : « بفعل » .

(١) سقط من : م .

بَلَغَتْ قِيمَتُه دِيَةَ الحُرِّ أو زادتْ عليها ، فذهب أحمدُ ، رحمه الله ، إلى أنَّ فيه[2] قِيمَتَه، بالغةً ما بَلَغَتْ ، وإن بلغتْ دِياتٍ، عَمْدًا كان القتلُ أو خطأً ، سواءٌ ضَمِنَ باليدِ أو بالجنايةِ . وهذا قولُ سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وابنِ سِيرينَ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، وإيَاسِ بن مُعاوِيةَ ، والزُّهْرِىِّ ، ومَكْحُولٍ ، ومالكٍ ، والأوْزاعىِّ ، والشافعىِّ ، وإسْحاقَ ، وأبى يوسفَ . وقال النَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : لا تَبْلُغُ به دِيَةَ الحُرِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَنْقُصُ[3] عن دِيَةِ الحُرِّ دينارًا[4] ، أو عَشْرةَ دَراهِمَ ، القَدْرَ الذى يُقْطَعُ به السارِقُ ، هذا[5] إذا ضمِنَ بالجنايةِ ، وإن ضَمِنَ باليَدِ ، بأن يَغْصِبَ عبدًا فيَموتَ فى يَدِه ، فإنَّ قِيمَتَه تَجِبُ وإن زادتْ على دِيَةِ الحُرِّ . واحْتَجُّوا بأنَّه ضَمانُ آدَمِىٍّ ، فلم يَزِدْ على دِيَةِ الحُرِّ ، كضَمانِ الحُرِّ ؛ وذلك لأنَّ اللهَ تعالى لمَّا أَوْجَبَ فى الحُرِّ دِيَةً لا تَزِيدُ ، وهو أشْرَفُ لِخُلُوِّه[6] من نَقِيصةِ الرِّقِّ ، كان تَنْبِيهًا على دِيَةِ[7] العَبْدِ المنقوصِ لا يُزادُ عليها ، فنَجْعَلُ مالِيَّةَ العَبْدِ مِعْيارًا للقَدْرِ الواجبِ فيه ، ما لم يَزِدْ على الدِّيَةِ ، فإذا زاد ، عَلِمْنا خَطأً ذلك ، فنَرُدُّه إلى دِيَةِ الحُرِّ ، كأَرْشِ ما دُونَ المُوضِحةِ ، يَجِبُ فيه ما تُخْرِجُه الحكومةُ ، ما لم يَزِدْ على أرْشِ المُوضِحَةِ، فنَرُدُّه إليها . ولَنا ، أنَّه مالٌ مُتَقَوَّمٌ ، فيُضْمَنُ بكَمالِ قِيمَتِه بالغةً ما بَلَغَتْ ، كالفَرَسِ ، أو مَضْمُونٌ بقِيمَتِه ، فكانتْ جميعَ القِيمةِ ، كما لو ضَمِنَه باليَدِ ، ويخالِفُ الحُرَّ ، فإنَّه ليس بمَضْمونٍ بالقِيمةِ ، وإنَّما ضُمِنَ بما قَدَّرَه الشَّرْعُ ، فلم يتجاوَزْه ، ولأنَّ ضَمانَ الحُرِّ / ليس بضَمانِ مالٍ ، ولذلك لم يختلفْ باخْتلافِ صِفَاتِه ، وهذا ضمانُ مالٍ ، يَزِيدُ بزيادةِ المالِيَّةِ ، ويَنْقُصُ بنُقْصانِها ، فاخْتَلَفا . وقد حَكَى أبو الخَطَّابِ ، عن أحمدَ ، رَحِمه الله ، رِوايةً أُخرَى ، أنَّه لا يُبْلَغُ بالعَبْدِ دِيَةُ الحُرِّ . والمذهبُ الأوَّلُ .

٩/٢٥ظ

---

(٢) سقط من : ب .

(٣) فى ب ، م : « ينتقص » .

(٤) فى ب : « دينار » .

(٥) فى ب ، م : « وهذا » .

(٦) فى ب : « بخلوه » . وفى م : « لخلوصه » .

(٧) فى ب : « أن » .

باب القَوَدِ

القَوَدُ : القِصَاصُ . ولعَلَّه إنَّما سُمِّيَ بذلك ؛ لأنَّ المُقْتَصَّ منه فى الغالبِ يُقَادُ بشىءٍ يُرْبَطُ فيه أو بِيَدِه إلى القَتْلِ ، فَسُمِّيَ القَتْلُ قَوَدًا لذلك .

١٤٣٦ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ شَقَّ بَطْنَهُ ، فَأَخْرَجَ حِشْوَتَهُ ، فَقَطَعَهَا ، فَأَبَانَهَا مِنْهُ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرُ ، فالْقاتِلُ هُوَ الْأَوَّلُ . ولَوْ شَقَّ بَطْنَه ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرُ ، فالثَّانِى هُوَ الْقَاتِلُ ؛ لأنَّ الأَوَّلَ لا يَعِيشُ مِثْلُهُ ، والثَّانِىَ قَدْ يَعِيشُ مِثْلُهُ**[1])

وجملتُه أنَّه إذا جَنَى عليه اثنان جِنايَتَيْنِ ، نَظَرْنا ؛ فإن كانت الأُولى أَخْرَجَتْه من حُكْمِ الحياةِ، مثل قَطْعِ حِشْوَتِهِ، أى ما فى بَطْنِه، وإبانَتِها منه، أو ذَبْحِهِ، ثم ضَرَبَ عُنُقَه الثانى فالأوَّلُ هو القاتلُ ؛لأنَّه لا يَبْقَى مع (٢ جِنايَتِه حياةٌ٢) ، والقَوَدُ عليه خاصَّةً ، وعلى الثانى التَّعْزِيرُ ، كما لو جَنَى على مَيِّتٍ . وإن عَفَا الوَلِىُّ إلى الدِّيَة ، فهى على الأوَّلِ وحْدَه . وإن كان جُرْحُ الأوَّلِ[3] يَجوزُ بقاءُ الحياةِ معه[4] ، مثل شَقِّ البَطْنِ من غيرِ إبانَةِ الحِشْوَةِ ، أو قَطْعِ طَرَفٍ ، ثم ضَرَبَ عُنُقَه آخَرُ ، فالثانى هو[4] القاتلُ ؛ لأنَّه لم يَخْرُجِ الأَوَّلُ من حُكْمِ الحياةِ ، فيكونُ الثانى هو المُفَوِّتُ لها ، فعليه القِصاصُ فى النَّفْسِ ، والدِّيَةُ كاملةً إن عَفَا عنه . ثم نَنْظُرُ فى جُرْحِ الأوَّلِ ، فإن كان مُوجِبًا للقِصاصِ ، كقَطْعِ الطَّرَفِ ، فالوَلِىُّ مُخَيَّرٌ بينَ قَطْعِ طَرَفِه والعَفْوِ على[5] دِيَتِه (٦ ، أو العَفْوِ٦) مُطْلَقًا ، وإن كان لا

---

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢ – ٢) فى ب : « حياته » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ب ، م : « عن » .

(٦ – ٦) سقط من : ب ، م .

يُوجِبُ القِصاصَ ، كالجائِفَةِ ونحوِها ، فعليه الأَرْشُ . وإنَّما جَعَلْنا عليه القِصاصَ ؛ لأنَّ فِعْلَ الثانى قَطَعَ سِرَايةَ جِراحِه ، فصار كالمُنْدَمِلِ الذى لا يَسْرِى . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ، ولا أعلمُ فيه مخالِفًا . ولو كان جُرْحُ الأوَّلِ يُفْضِى إلى الموتِ لا مَحالةَ ، إلَّا أنَّه لا يَخْرُجُ به من حُكْمِ الحياةِ ، وتَبْقَى معه الحياةُ المُسْتَقِرَّةُ ، مثل خَرْقِ الْمِعَى ، أو أُمِّ الدِّماغِ ، فضَرَبَ الثانى عُنُقَه ، فالقاتلُ / هو الثانى ؛ لأنَّه فَوَّتَ حياةً مُسْتَقِرَّةً . ٢٦/٩و وقيل :[7] هو فى حُكْمِ الحياةِ ، بدليلِ أن عمرَ ، رضى الله عنه ، لما جُرِحَ دَخَلَ عليه الطبيبُ فسَقَاه لَبَنًا ، فخَرَجَ يَصْلِدُ[8] ، فعَلِمَ الطبيبُ أنَّه مَيِّتٌ ، فقال : اعْهَدْ إلى الناسِ . فعَهِدَ إليهم ، وأَوْصَى ، وجَعَلَ الخِلافةَ إلى أهْلِ الشُّورَى ، فقَبِلَ الصحابةُ عَهْدَه ، وأجْمَعُوا على قَبُولِ وَصَاياهُ وعَهْدِه[9] . فلمَّا كان حكمُ الحياةِ باقِيًا ، كان الثانى مُفَوِّتًا لها ، فكان هو القاتلَ ، كما لو قَتَلَ عَلِيلًا لا يُرْجَى بُرْءُ عِلَّتِه .

فصل : إذا أُلْقِىَ رجلٌ[10] من شاهِقٍ ، فتَلَقَّاه آخرُ بسَيْفٍ فقَتَلَه ، فالقِصاصُ على مَن قَتَلَه ؛ لأنَّه فَوَّتَ حياتَه قبلَ المَصِيرِ إلى حالٍ يُئِسَ[11] فيها من حَياتِه ، فأشْبَهَ ما لو رَمَاه إنسانٌ بسَهْمٍ قاتِلٍ ، فقَطَعَ آخرُ عُنُقَه قبلَ وُقُوعِ السَّهْمِ به ، أو أَلْقَى عليه صَخْرَةً ، فأطارَ آخرُ رَأْسَه بالسَّيْفِ قبلَ وُقُوعِها عليه . وبهذا قال الشافعىُّ إن رَمَاه من مكانٍ يجوزُ أن يَسْلَمَ منه ، وإن رَماه من شاهِقٍ لا يَسْلَمُ منه الواقِعُ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، كَقَوْلنا . والثانى ، الضَّمانُ عليهما بالقِصاصِ والدِّيَةِ عندَ سُقُوطِه ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما سَبَبٌ للإتْلافِ . ولَنا ، أنَّ الرَّمْىَ سَبَبٌ والقَتْلَ مُباشَرَةٌ ، فانْقَطَعَ حكمُ السَّبَبِ ، كالدافعِ مع

---

(٧) فى الأصل زيادة : « من » .

(٨) يصلد : يبرق . غريب الحديث ، لابن قتيبة ٦٢٣/١ .

(٩) انظر : ما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢/١ . والبيهقى ، فى : باب المرض الذى يجوز فيه الأعطية ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ . وابن سعد ، فى : الطبقات الكبرى ٢٤٦/٣ – ٢٦١ .

(١٠) فى م : « رجلا » .

(١١) فى م : « يئسوا » .

الحافرِ ، والجارِحِ مع الذَّابحِ ، وكالصُّوَرِ التى ذكرْناها[١٢] . وما ذكَروه باطِلٌ بهذه الأُصُولِ المذكورةِ .

١٤٣٧ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَطَعَ يَدَيْهِ ورِجْلَيْه ، ثُمَّ عادَ فَضَرَبَ عُنُقَهُ قَبْلَ أنْ تَنْدَمِلَ جِرَاحُهُ ، قُتِلَ ، ولَمْ تُقْطَعْ يَدَاهُ[١] ولَا رِجْلَاهُ ، فِى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أبِى عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ . والرِّوَايَةُ الأُخْرَى ، قَالَ : إنَّه لأَهْلٌ أنْ يُفْعَلَ بِهِ كَمَا فَعَلَ . فإنْ عَفَا عَنْهُ الْوَلِىُّ ، فَعَلَيْهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الرَّجُلَ إذا جَرَحَ رجلًا ، ثم ضَرَبَ عُنُقَه قبلَ انْدِمالِ الجُرْحِ ، فالكلامُ فى المسألةِ فى حالَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يَخْتارَ الوَلِىُّ القِصَاصَ ، فاخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى كَيْفِيَّةِ الاسْتِيفاءِ ؛ فرُوِىَ عَنه ؛ لا يُسْتَوفَى إلَّا بالسَّيفِ فى العُنُقِ . وبه قال عطاءٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ؛ / لما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا قَوَدَ إلَّا بِالسَّيْفِ » . روَاه ابن ماجه[٢] . ولأنَّ القِصاصَ أحَدُ بَدَلَىِ النَّفْسِ ، فدَخَلَ الطَّرَفُ فى حُكْمِ الجُمْلةِ ، كالدِّيَةِ ، فإنَّه لو صار الأَمْرُ إلى الدِّيَةِ ، لم تَجِبْ إلَّا دِيَةُ النَّفْسِ ، ولأنَّ القَصْدَ من القِصاصِ فى النَّفْسِ تَعْطِيلُ الكُلِّ ، وإتلافُ الجُمْلةِ ، وقد أَمْكَنَ هذا بضَرْبِ العُنُقِ ، فلا يجوزُ تَعْذِيبُه بإتْلافِ أطْرافِه ، كما لو قتَلَه بسيفٍ كَالٍّ[٣] ، فإنَّه لا يُقْتَلُ بمِثْلِه . والرِّواية الثانية عن أحمدَ ، قال[٤] : إنَّه لأَهْلٌ أن يُفْعَلَ به كما فَعَلَ . يعنى أنَّ للمُسْتَوفِى أن يَقْطَعَ أطْرافَه ، ثم يَقْتُلَه . وهذا مذهبُ عمرَ بن عبد العزيز ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى

٢٦/٩ ظ

---

(١٢) فى ب ، م : « ذكرنا » .

(١) فى م : « يده » .

(٢) فى : باب لا قود إلا بالسيف ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٩/٢ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ٨٧/٣ ، ٨٨ ، ١٠٦ . والبيهقى ، فى : باب ما روى أن لا قود إلا بحديدة ، من كتاب الجنايات ٦٢/٨ ، ٦٣ .

(٣) أى لا يقطع .

(٤) سقط من : ب .

حنيفةَ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لقَوْلِ الله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾[٥] . وقوله سبحانه : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[٦] . ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ رَضَخَ[٧] رأسَ يَهُودِىٍّ لِرَضْخِه[٨] رأسَ جاريةٍ من الأنصارِ بين حَجَرَيْنِ[٩] . ولأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾[١٠] . وهذا قد قَلَعَ عَيْنَه ، فيَجِبُ أن تُقْلَعَ عَيْنُه ، للآية . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ حَرَّقَ حَرَّقْنَاهُ ، وَمَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ »[١١] . ولأنَّ القِصاصَ مَوْضُوعٌ على المُماثلةِ ، ولَفْظُه مُشْعِرٌ به ، فوَجَبَ[١٢] أن يُسْتَوْفَى منه مثلُ ما فَعَلَ ، كما لو ضَرَبَ العُنُقَ آخرُ غيرُه . فأمَّا حديث : « لَا قَوَدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ » . فقال أحمدُ : ليس إسْنادُه بجَيِّدٍ . الحال الثانى ، أن يَصِيرَ الأمْرُ إلى الدِّيَةِ ، إمَّا بعفوِ[١٣] الوَلِىِّ ، أو كَوْنِ الفِعْلِ خطأً ، أو شِبْهَ عَمْدٍ ، أو غيرَ ذلك ، فالواجبُ دِيَةٌ واحدةٌ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : تَجِبُ دِيَةُ الأطْرافِ المَقْطُوعةِ ودِيَةُ النَّفْسِ ؛ لأنَّه لمَّا قُطِعَ سِرَايَةُ[١٤] الجُرْحِ بقَتْلِه صار كالمُسْتَقِرِّ ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَه غيرُه ، ولهذا لم يَسْقُط القِصاصُ فيه . ولَنا ، أنَّه قاتِلٌ قبلَ اسْتِقْرارِ الجُرْحِ ، فدَخَلَ أَرْشُ الجِراحةِ فى أَرْشِ النَّفْسِ ، كما لو سَرَتْ إلى نَفْسِه ، والقِصاصُ فى الأطْرافِ على إحْدَى الرِّوايتَيْنِ لا يَجِبُ ، وإن وَجَبَ فإنَّ القِصاصَ لا يُشْبِهُ الدِّيَةَ ؛ لأنَّ سِرَايَةَ الجُرْحِ لا تُسْقِطُ القِصاصَ فيه ، وتُسْقِطُ دِيَتَه .

---

(٥) سورة النحل ١٢٦

(٦) سورة البقرة ١٩٤

(٧) فى م : « رض » .

(٨) فى م : « لرضه » .

(٩) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٤٨ .

(١٠) سورة المائدة ٤٥ .

(١١) أخرجه البيهقى ، فى : باب عمد القتل بالحجر ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٨/٤٣ .

(١٢) فى ب : « فيجب » .

(١٣) فى ب : « بفعل » .

(١٤) فى م : « بسراية » .

٢٧/٩و /**فصل** : ومتى قُلْنَا : له أن يَسْتَوْفِىَ بمثِلِ ما فَعَلَ بوَلِيِّه . فأَحَبَّ أن يَقْتَصِرَ[١٥] على ضَرْبِ عُنُقِه ، فلَه ذلك ، وهو أفْضَلُ . وإن قَطَعَ أطْرافَه التى قَطَعَها الجانِى ، أو بعضَها ، ثم عَفَا عن قَتْلِه ، فكذلك ؛ لأنَّه تارِكٌ بَعْضَ حَقِّه . وإن قَطَعَ بعضَ أطْرافِه ، ثم عَفَا إلى الدِّيَةِ ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ جميعَ ما فَعَلَ بوَلِيِّه لا يَجِبُ به إلَّا دِيَةٌ واحِدَةٌ ، فلا يجوزُ أن يَسْتَوْفِىَ بعضَه ويَسْتَحِقَّ كمالَ الدِّيَةِ ، فإن فَعَلَ فله ما بَقِىَ من الدِّيَةِ ، فإن لم يَبْقَ منها شىءٌ ، فلا شىءَ له . وإن قُلْنا : ليس له أن يَسْتَوْفِىَ إلَّا بضَرْبِ العُنُقِ . فاسْتَوْفَى منه بمثِلِ ما فَعَلَ ، فقد أساءَ ، ولا شىءَ عليه سِوَى المَأْثَمِ ؛ لأنَّ فِعْلَ الجانِى فى الأَطْرافِ لم يُوجِبْ عليه شيئًا يَخْتَصُّ بها ، فكذلك فِعْلُ المُسْتَوْفِى ، إن قَطَعَ[١٦] طَرَفًا واحدًا ، ثم عَفَا إلى الدِّيَةِ ، لم يكُنْ له إلَّا تَمامُها ، وإن قَطَعَ ما تَجِبُ به الدِّيَةُ ، ثم عَفَا ، لم يكُنْ له شىءٌ ، وإن قَطَعَ ما يَجِبُ به أكثرُ من الدِّيَةِ ، ثم عَفَا ، احْتَمَلَ أن يَلْزَمَه ما زادَ على الدِّيَةِ ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ أكثرَ من دِيَةٍ ، وقد فَعَلَ ما يُوجِبُ أكثرَ منها ، فكانت الزِّيادةُ عليه . واحْتَمَلَ أن لا يَلْزَمَه شىءٌ ؛ لأنَّه لو قَتَلَه لم يَلْزَمْه شىءٌ ، فإذا تَرَكَ قَتْلَه ، وعفا عنه ، فأَوْلَى أن لا يَلْزَمَه شىءٌ ، ولأنَّه فَعَلَ بعضَ ما فَعَلَ بوَلِيِّه ، فلم يَلْزَمْه شىءٌ ، كما لو قُلْنا : إنَّ له أن يَسْتَوْفِىَ مثلَ ما فَعَلَ به .

فصل : فإن قَطَعَ يَدَيْه ورِجْلَيْه ، أو جَرَحَه جُرْحًا يُوجِبُ القِصاصَ إذا انْفَرَدَ ، فسَرَى إلى النَّفْسِ ، فله القِصاصُ فى النَّفْسِ . وهل له أن يَسْتَوْفِىَ[١٧] القَطْعَ قبلَ القَتْلِ ؟ على رِوَايتَيْنِ ، ذكَرَهما القاضى ، وبَناهُما على الرِّوايتَيْنِ المذكورَتَيْنِ فى المسألةِ ؛ وإحداهما[١٨] ، ليس له قَطْعُ الطَّرَفِ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ذلك يُفْضِى إلى الزِّيادةِ على ما جَناه الأوَّلُ ، والقِصاصُ يَعْتَمِدُ المُماثلةَ ، فمتى خِيفَ فيه الزِّيادةُ سَقَطَ ،

---

(١٥) فى ب : « يقتص » .

(١٦) فى ب ، م زيادة : « الجانى » .

(١٧) فى الأصل زيادة : « فى » .

(١٨) فى م : « إحداهما » .

كما لو قطَعَ يَدَه من نِصْفِ الذِّراعِ . والثانية ، يَجبُ القِصاصُ فى الطَّرَفِ ، فإن مات به ، وإلَّا ضُرِبَتْ عُنُقُه . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لما ذكَرْناه[19] فى أوَّلِ المسألةِ . وذكر أبو الخَطَّابِ ، أنَّه لا يقْتَصُّ منه فى الطَّرفِ ، /روايةً واحدةً ، وأنَّه لا يَصِحُّ تَخْرِيجُه[20] على الرِّوايتَيْنِ فى المسألةِ ؛ لإِفْضاءِ هذا إلى الزِّيادةِ ، بخلافِ المسألةِ . والصحيحُ تَخْرِيجُه على الرِّوايتَيْنِ ، وليس هذا بزيادةٍ ؛ لأنَّ فَواتَ النَّفْسِ بسِرَايةِ فِعْلِه ، وسِرَايةُ فِعْلِه كفِعْلِه ، فأشْبَهَ ما لو قَطَعَه ثم قَتَلَه ، ولأنَّ زِيادةَ الفِعْلِ فى الصورةِ مُحْتمِلٌ فى الاسْتِيفاءِ ، كما لو قَتَلَه بضَرْبةٍ ، فلم يُمْكِنْ قَتْلُه فى الاسْتيفاءِ إلَّا بضَرْبَتَيْنِ .

٢٧/٩ ظ

فصل : وإن جَرَحَه جُرْحًا لا قِصاصَ فيه ، ولا يَلْزَمُ فَواتُ الحياةِ به ، مثل أن أجَافَه ، أو أمَّه ، أو قَطَعَ يَدَه من نِصْفِ ذِرَاعِه ، أو رِجْلَه من نِصْفِ ساقِه ، فمات منه ، أو قَطَعَ يدًا ناقصةَ الأصابعِ ، أو شَلَّاءَ ، أو زائِدةً ، ويَدُ القاطعِ أصْلِيَّة صَحِيحة ، فالصحيحُ فى المَذْهَبِ أنَّه ليس له فِعْلُ [21] مِثْلِ ما فَعَلَ [21] ، وليس له أن يَقْتَصَّ إلَّا فى العُنُقِ بالسَّيْفِ . ذكره أبو بكرٍ ، والقاضى . وقال غيرُهما : فيه روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ[22] له[23] أنْ يَقْتَصَّ بمثلِ[24] فِعْلِه ؛ لأنَّه صار قَتْلًا ، فكان له القِصاصُ بمثلِ فِعْلِه ، كما لو رَضَّ[25] رأسَه بحَجَرٍ فقَتَلَه به . والصَّحيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ هذا لو انْفَرَدَ لم يكُنْ فيه قِصاصٌ ، فلم يَجُزِ القِصاصُ فيه مع القَتْلِ ، كما لو قَطَعَ يَمِينَه ولم يكُنْ للقاطعِ يَمِينٌ ، لم يكُنْ له أن يَسْتَوْفِىَ من يَسارِه . وفارَقَ ما إذا رَضَّ رأسَه[26] فمات ؛ لأنَّ ذلك الفِعْلَ قَتْلٌ مُفْرَدٌ ، وهٰهُنا قتلٌ وقَطْعٌ ، والقطعُ لا يُوجِبُ قِصاصًا ، فبَقِىَ مُجَرَّدُ القَتْلِ ، فإذا جَمَعَ المُسْتَوْفِى بينهما ،

---

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) فى ب : « تخرجه » .

(٢١ – ٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) فى م زيادة : « ما » .

(٢٥) فى م : « رد » تحريف .

(٢٦) فى ب زيادة : « بحجر » .

فقد زاد قَطْعًا لم يَرِدِ الشَّرْعُ باسْتِيفائِه ، فيكونُ حرامًا ، وسواءٌ[27] فى هذا ما إذا قطَعَ ثم قتَلَ عَقِيبَه ، وبينَ ما إذا قَطَعَ فسَرَى إلى النَّفْسِ .

فصل : فأمَّا إن[28] قَطَعَ اليُمْنَى ولا يُمْنَى للقاطع ، أو اليَدَ ولا يَدَ له ، أو قَلَعَ العَيْنَ ولا عَيْنَ له ، فمات المَجْنِى عليه ، فإنَّه يُقْتَلُ بالسَّيْفِ فى العُنُقِ ، ولا قِصاصَ فى طَرَفِه . لا[29] أعلمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ القِصاصَ إنَّما يكونُ من مثلِ العُضْوِ المُتْلَفِ ، وهو هٰهُنا مَعْدُومٌ ، ولأنَّ القِصاصَ فِعْلُ مِثْلِ ما فَعَلَ الجانِى[30] ، ولا سَبِيلَ إليه ، ولأنَّه لو قَطَعَ ثم عَفَا عن القَتْلِ ، لَصار مُسْتَوْفِيًا رِجْلًا ممَّن لم يَقْطَعْ له مثلَها ، أو أُذُنًا بدَلًا عن عَيْنٍ ، وهذا غيرُ جائزٍ . / وهذا يَدُلُّ على فَسادِ الوَجْهِ الثانى فى الفَصْلِ الذى قبلَه .

٩/٢٨و

فصل : وإن قَتَلَه بغيرِ السَّيْفِ ، مثل أن قَتَلَه بحَجَرٍ ، أو هَدْمٍ ، أو تَغْرِيقٍ ، أو خَنْقٍ ، فهل يَسْتَوْفِى القِصاصَ بمثلِ فِعْلِه ؟ فيه رِوايتان ؛ إحداهما ، له ذلك . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ . والثانية ، لا يَسْتَوْفِى إلَّا بالسَّيْفِ فى العُنُقِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، فيما إذا قَتَلَه بمُثَقَّلِ الحَدِيدِ ، على إحْدَى الرِّوايتَيْنِ عندَه ، أو جَرَحَه فمات . ووَجْهُ الرِّوايتَيْنِ ما تَقَدَّمَ فى أوَّلِ المسألةِ ، ولأنَّ هذا لا تُؤْمَنُ معه الزِّيادةُ على ما فَعَلَه الجانِى ، فلا يجبُ القِصاصُ بمثلِ آلَتِه ، كما لو قَطَعَ الطرفَ بآلةٍ كالَّةٍ ، أو مَسْمُومةٍ ، أو بالسَّيْفِ ، فإنَّه لا يَسْتَوْفِى بمثلِه ، ولأنَّ هذا لا يُقْتَلُ به المُرْتَدُّ ، فلا يُسْتَوْفَى به القِصاصُ ، كما لو قَتَلَه بتَجْرِيعِ الخَمْرِ ، أو بالسِّحْرِ[31] ، ولا تَفْرِيعَ على هذه الروايةِ . فأمَّا على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، فإنَّه إذا فَعَلَ به مثلَ فِعْلِه فلم[32] يَمُتْ ، قَتَلَه بالسيفِ . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . والقولُ الثانى ، أنَّه يُكَرِّرُ عليه ذلك الفِعْلَ حتى يَمُوتَ به ؛ لأنَّه قَتَلَه بذلك ، فله قَتْلُه بمثلِه .

---

(٢٧) فى ب : « وسواه » .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٢٩) فى م : « ولا » .

(٣٠) سقط من : ب .

(٣١) فى ب : « بالسم » .

(٣٢) فى ب : « لم » .

ولَنا ، أنَّه قد فَعَلَ به مثلَ فِعْلِه ، فلم يَزِدْ عليه ، كما لو جَرَحَه جُرْحًا ، أو قَطَعَ منه طَرَفًا ، فاسْتَوْفَى منه الوَلِىُّ مثلَه فلم يَمُتْ به ، فإنَّه لا يُكَرِّرُ عليه الجُرْحَ ، بغيرِ خلافٍ ، ويَعْدِلُ إلى ضَرْبِ عُنُقِه ، فكذا هٰهُنا .

فصل : وإن قَتَلَه بما لا يَحِلُّ لِعَيْنِه ، مثل أن لَاطَ به فقَتَلَه ، أو جَرَّعَه خَمْرًا أو سَحَره ، لم يُقْتَلْ بمثلِه اتِّفاقًا ، ويُعْدَلُ إلى القَتْلِ بالسَّيْفِ . وحَكَى أصْحابُ الشافعىِّ ، فى مَن قَتَلَه باللِّوَاطِ وتَجْرِيعِ الخَمْرِ ، وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يُدْخِلُ فى دُبُرِه خَشَبَةً يَقْتُلُه بها ، ويُجَرِّعُه الماءَ حتى يَمُوتَ . ولَنا ، أنَّ هذا مُحَرَّمٌ لِعَيْنِه ، فوَجَبَ العُدُولُ عنه إلى القَتْلِ بالسَّيْفِ ، كما لو قَتَلَه بالسِّحْرِ . وإن حَرَّقَه ، فقال بعضُ أصحابِنا : لا يُحَرَّقُ ؛ لأنَّ التَّحْرِيقَ مُحَرَّمٌ[33] لحقِّ الله تعالى ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « لَا يُعَذِّبُ بالنَّارِ إلَّا رَبُّ النَّارِ »[34] . ولأنَّه داخلٌ فى عمومِ الخبرِ . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . وقال / القاضى : الصَّحِيحُ أنَّ فيه روايتَيْنِ ، كالتَّغْرِيقِ ؛ إحْداهما ، يُحَرَّقُ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لما روَى الْبَراءُ بن عازِبٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « مَنْ حَرَّقَ حَرَّقْنَاهُ ، وَمَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ » . وحَمَلُوا الحديثَ الأوَّلَ على غيرِ القِصَاصِ فى المُحَرِّقِ .

٢٨/٩ ظ

فصل : إذا زاد مُسْتَوْفِى القِصاصِ فى النَّفْسِ على حَقِّه ، مثل أن يُقْتَلَ وَلِيُّه ، فيَقْطَعَ المُقْتَصُّ أطْرَافَه أو بعضَها ، نَظَرْنا ؛ فإن عَفَا عنه بعدَ قَطْعِ طَرَفِه ، فعليه ضَمانُ ما أتْلَفَ بدِيَتِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأبو يوسُفَ ، ومحمدٌ : لا ضَمانَ عليه ، ولكن قد أساءَ ، ويُعَزَّرُ ، وسواءٌ عَفَا عن القاتلِ أو قَتَلَه ؛ لأنَّه قَطَعَ طَرَفًا من جُمْلةٍ اسْتَحَقَّ إتْلافَها ، فلم يَضْمَنْه ، كما لو قَطَعَ أُصْبُعًا من يَدٍ يَسْتَحِقُّ قَطْعَها . ولَنا ، أنَّه قَطَعَ طَرَفًا له قِيمةٌ حالَ القَطْعِ بغيرِ حَقٍّ ، فوَجَبَ عليه ضَمانُه ، كما لو

---

(٣٣) فى م : « محرق » تحريف .

(٣٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كراهية حرق العدو بالنار ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب فى قتل الذَّر ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢/ ٥٠ ، ٥١ ، ٦٥٦ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن التعذيب بعذاب الله ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢/ ٢٢٢ .

عَفَا عنه ثم قَطَعَه ، أو كما لو قَطَعَه أَجْنَبِيٌّ . فأَمَّا إن قَطَعَه ثم قَتَلَه ، احْتَمَلَ أن يَضْمَنَه أيضًا ؛ لأنَّه يَضْمَنُه إذا عَفَا عنه ، فكذلك إذا لم يَعْفُ عنه ، لأنَّ العَفْوَ إحسانٌ ، فلا يكونُ مُوجِبًا للضَّمانِ ، واحْتَمَلَ أن لا يَضْمَنَه . وهو قولُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّه لو قَطَعَ مُتَعَدِّيًا ثم قَتَلَ ، لم يَضْمَنِ الطَّرَفَ ، (٣٥فلأن لا٣٥) يَضْمَنَه إذا كان القَتْلُ مُسْتَحَقًّا أَوْلَى . فأمَّا القِصاصُ ، فلا يَجِبُ في العُرْفِ بحَالٍ . ولا نعلمُ في هذا خِلافًا ؛ لأنَّ القِصاصَ عُقُوبةٌ تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، والشُّبْهةُ هٰهُنا مُتَحَقِّقَةٌ ، لأنَّه مُسْتَحِقٌّ[٣٦] لإتْلافِ هذا الطَّرَفِ ضِمْنًا لِاسْتِحقاقِه إتْلافَ الجُمْلةِ ، ولا يَلْزَمُ من سُقُوطِ القِصَاصِ أن لا تَجِبَ الديةُ ، بدليلِ امْتِناعِه لعَدَمِ المُكافأةِ[٣٧] . فأمَّا إن كان الجانِي قَطَعَ طَرَفَه ثم قَتَلَه ، فاسْتَوْفَى منه بمثلِ فِعْلِه ، فقد ذكَرْناه فيما مَضَى . وإن قَطَعَ طَرَفًا غيرَ الذى قَطَعَه الجانِي ، كان الجانى قَطَعَ يَدَه ، فقَطَعَ[٣٨] المُسْتَوفِي رِجْلَه ، احْتَمَلَ أن يكونَ بِمَنْزِلةِ ما لو قَطَعَ يَدَه ؛ لأنَّ دِيَتَهُما واحدةٌ ، واحْتَمَلَ أنْ تَلْزَمَه دِيَةُ الرِّجْلِ ؛ لأنَّ الجانِيَ لم يَقْطَعْها ، فأشْبَهَ ما لو لم يَقْطَعْ يَدَهُ .

٢٩/٩و **فصل** : فأمَّا إن كانت الزِّيادةُ في الاسْتِيفاءِ من[٣٩] الطَّرَفِ ، / مثل إن اسْتَحقَّ قَطْعَ إصْبَعٍ ، فقَطَعَ اثْنَتَيْنِ ، فحُكْمُه حكمُ القاطعِ ابْتداءً ، إن كان عَمْدًا[٤٠] من مَفْصِلٍ ، أو شَجَّةٍ يَجِبُ في مِثْلِها القِصاصُ ، فعليه القِصاصُ في الزِّيادةِ ، وإن كان خَطأً أو جُرْحًا لا يوجبُ القِصاصَ ، مثل مَنْ يَسْتَحِقُّ مُوضِحَةً فاسْتَوْفَى[٤١] هاشِمةً ، فعليه أَرْشُ الزِّيادةِ ، إلَّا أن يكونَ ذلك بسَبَبٍ من الجانِي ، كاضْطِرابِه حالَ الاسْتِيفاءِ ، فلا شيءَ على

(٣٥-٣٥) في ب ، م : « فلان » . ورسم الكلمة في الأصل : « فليلا » .

(٣٦) في م : « متحقق » .

(٣٧) في م : « المكافآت » .

(٣٨) سقط من : م .

(٣٩) في م : « لأنه » .

(٤٠) في م : « عقدا » .

(٤١) في م : « فاستوفاها » .

المُقْتَصِّ ؛ لأنَّه حَصَلَ بفعلِ الجانِى . فإنْ اخْتَلَفَا هَلْ فَعَلَه خطأً أو عَمْدًا ؟ فالقولُ قولُ المُقْتَصِّ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ هذا ممَّا يُمْكِن الخَطأُ فيه ، وهو أعْلَمُ بقَصْدِه ، وإن قال المُقْتَصُّ : حَصَلَ هذا باضْطِرابِكَ ، أو فِعْلٍ من جِهَتِكَ . فالقولُ قولُ المُقْتَصِّ منه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . فإن سَرَى الاسْتِيفاءُ الذى حَصَلَتْ فيه الزِّيادةُ إلى نَفْسِ المُقْتَصِّ منه ، فمات ، أو إلى بعض أعْضائِه ، مثل أن قَطَعَ إصْبَعَه[42] ، فسَرَى إلى جميع يَدِه ، أو اقْتَصَّ منه بآلَةٍ كالَّةٍ أو مَسْمُومةٍ ، أو فى حَالِ حَرٍّ مُفرِطٍ ، أو بَرْدٍ شديدٍ ، فسَرَى ، فقال القاضى : على المُقْتَصِّ نِصْفُ الدِّيَة ؛ لأنَّه تَلِفَ بفِعْلَيْنِ ؛ جائزٍ ومُحَرَّمٍ ، ومَضْمونٍ وغيرِ مَضْمونٍ ، فانْقَسَم الواجبُ عليهما نِصْفَيْنِ ، كما لو جَرَحَه جُرْحًا فى حالِ رِدَّتِه وجُرْحًا بعدَ إسْلامِه ، فمات منهما . وهذا كلُّه مذهبُ الشافعىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه ضَمانُ السِّرايَةِ كلِّها ، فيما إذا اقْتَصَّ بآلَةٍ مَسْمومةٍ أو كالَّةٍ ؛ لأنَّ الفِعْلَ كلَّه يَحْرُمُ[43] ، بخلافِ قَطْعِ الإصْبَعَيْنِ ، فإنَّ أحَدَهُما مُباحٌ .

فصل : قال القاضى : ولا يجوزُ اسْتِيفاءُ القِصاصِ إلَّا بحَضْرَةِ السُّلْطانِ . وحكاه عن أبى بكرٍ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه أمْرٌ يَفْتَقِرُ إلى الاجْتِهادِ ويَحْرُمُ الحَيْفُ فيه ، فلا يُؤْمَنُ الحَيْفُ مع قَصْدِ التَّشَفِّى . فإن اسْتَوْفاه[44] من غيرِ حَضْرَةِ[45] السُّلطانِ ، وقَعَ المَوْقِعَ ، ويُعَزَّرُ ؛ لِافْتِياتِه بِفِعْلِ ما مُنِعَ فِعْلُه . ويَحْتَمِلُ أن يَجُوزَ الاسْتِيفاءُ بغير حَضْرةِ[46] السلطانِ ، إذا كان القِصاصُ فى النَّفْسِ ؛ لأنَّ رَجُلًا أتَى النَّبىَّ ﷺ برَجُلٍ يَقُودُه بِنِسْعَةٍ[47] ، فقال : إنَّ هذا قَتَلَ أخِى . فاعْتَرَفَ بقَتْلِه . فقال النَّبىُّ ﷺ : « اذْهَبْ ، فاقْتُلْه » . رواه مسلمٌ / بمَعْناه[48] . ولأنَّ اشتراطَ حُضُورِ السُّلطانِ لا يَثْبُتُ إلَّا بِنَصٍّ أو

٢٩/٩ ظ

---

(٤٢) فى ب : « إصبعيه » .

(٤٣) فى ب ، م : « محرم » .

(٤٤) فى الأصل : « استوفى » .

(٤٥) فى ب : « حضور » .

(٤٦) فى ب ، م : « حضور » .

(٤٧) النسعة : القطعة من السير الذى تشد به الرحال .

(٤٨) فى : باب صحة الإقرار بالقتل ... ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ٣/١٣٠٧ ، ١٣٠٨ . =

إجماعٍ أو قياسٍ ، ولم يَثْبُتْ ذلك . ويُسْتَحَبُّ أن يُحْضِرَ شاهِدَيْنِ ، لئلَّا يَجْحَدَ المَجْنِيُّ عليه الاسْتِيفاءَ . وإذا أراد الوَلِيُّ[49] الاسْتِيفاءَ ، فعلى السُّلطانِ أن يتفَقَّدَ الآلةَ التى يَسْتَوْفِي بها ، فإن كانت كالَّةً مَنَعه الاسْتِيفاءَ بها ، لئلَّا يُعَذِّبَ المَقْتُولَ . وقد رَوَى شَدَّادُ ابن أَوْسٍ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « إنَّ اللهَ كَتَبَ الإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ ، وإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَ[50] ، ولْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ ، ولْيُرِحْ ذَبِيحَتَهُ »[51] . وإن كانتْ مَسْمُومةً ، مَنَعَه الاسْتِيفاءَ بها ؛ لأنَّها تُفْسِدُ البَدَنَ ، وربَّما مَنَعَتْ غُسْلَه . وإن عَجَّلَ فاسْتَوْفَى بآلَةٍ كالَّةٍ أو مَسْمُومةٍ ، عُزِّرَ . وإن كان السَّيْفُ صارمًا غيرَ مَسْمُومٍ ، نَظَرَ فى الوَلِيِّ ؛ فإن كان يُحْسِنُ الاسْتِيفاءَ ، ويُكْمِلُه بالقُوَّةِ والمَعْرِفةِ ، مَكَّنَه منه ، لقولِه تعالى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا ﴾[52] . وقال عليه السلام : « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيَرَتَيْنِ ، إنْ[53] أَحَبُّوا قَتَلُوا ، وإنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا الدِّيَةَ »[54] . ولأنَّه حَقٌّ له مُتَمَيِّزٌ ، فكان له اسْتِيفاؤُه بنَفْسِه

= كما أخرجه النسائيُّ ، فى : باب القود ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/١٣ ، ١٦ . وابن ماجه ، فى : باب العفو عن القاتل ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٧ .

(٤٩) فى م : « المولى » .

(٥٠) فى م : « الذبحة » .

(٥١) أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ٣/١٥٤٨ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة ، من كتاب الأضاحى . سنن أبى داود ٢/٩٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن المثلة ، من كتاب الديات . عارضة الأحوذى ٦/١٧٩ . والنسائى ، فى : باب الأمر بإحداد الشفرة ، وباب ذكر المنفلتة التى لا يقدر على أخذها ، وباب حسن الذبح ، من كتاب الضحايا . المجتبى ٧/٢٠٠ - ٢٠٢ . وابن ماجه ، فى : باب إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح ، من كتاب الذبائح . سنن ابن ماجه ٢/١٠٥٨ . والدارمى ، فى : باب فى حسن الذبيحة ، من كتاب الأضاحى . سنن الدارمى ٢/٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٢٣ - ١٢٥ .

(٥٢) سورة الإسراء ٣٣ .

(٥٣) فى م : « فإن » .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم . صحيح البخارى ١/٣٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢/٩٨٨ ، ٩٨٩ . وأبو داود ، فى : باب ولى العمد يرضى بالدية ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٤/٤٨٠ ، ٤٨١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى حكم ولى القتيل فى القصاص والعفو ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ٦/١٧٧ ، ١٧٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٢ ، ٦/٣٨٥ . وتقدم تخريج حديث حجة الوداع فى : ٥/١٧٩ .

إذا أمْكَنَه ، كسائرِ الحُقُوقِ ، وإن لم يُحْسِنِ الاسْتيفاءَ ، أمَرَهُ بالتَّوْكيلِ ؛ لأنَّه عاجزٌ عن اسْتيفاءِ حَقِّهَ ، فإن ادَّعَى الوَلِىُّ المعرفةَ بالاسْتيفاءِ ، فأمْكَنه السُّلطانُ مِن ضَرْبِ عُنُقِه ، فَضَرَبَ عُنُقَه فأبَانَه ، فقد اسْتَوْفَى حَقَّه[٥٥] ، وإن أصابَ غيرَه ، وأقَرَّ بتَعَمُّدِ ذلك ، عُزِّرَ . وإن قال : أخطَأْتُ . وكانت الضَّربةُ فى مَوْضِعٍ قريبٍ من العُنُقِ ، كالرَّأسِ والمَنْكِبِ ، قُبِلَ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ هذا ممَّا يجوزُ الخَطَأُ فى مِثْلِه ، وإن كان بَعِيدًا ، كالوَسَطِ والرِّجْلينِ ، لم يُقْبَلْ قولُه ؛ لأنَّ مثلَ هذا لا يَقَعُ الخطأُ فيه . ثم إن أراد العَوْدَ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يُمَكَّنُ منه ؛ لأنَّه تبيَّنَ منه أنَّه لا يُحْسِنُ الاسْتِيفاءَ ، ويَحْتَمِلُ العَوْدَ إلى مثلِ فِعْلِه . والثانى ، يُمَكَّنُ منه . قاله القاضى : لأنَّ الظَّاهِرَ تَحَرُّزُه عن مثلِ ذلك ثانيًا . وإن كان الوَلِىُّ لا يُحْسِنُ الاسْتيفاءَ ، أمَرَه بالتَّوْكِيلِ فيه ؛ لأنَّه حَقُّه ، فكان له التَّوكيلُ فى اسْتيفائِه ، كسائرِ حُقُوقِه . فإن لم يَجِدْ مَنْ يُوَكِّلُه إلَّا بعِوَضٍ ، / أَخَذَ العِوَضَ من بيتِ المالِ . قال بعضُ أصحابِنا : يُرْزَقُ من بيتِ المالِ رَجُلٌ يَسْتَوْفِى الحُدُودَ والقِصاصَ ؛ لأنَّ هذا من المصالحِ العامَّةِ . فإن لم يَحْصُلْ ذلك ، فالأُجْرَةُ على الجانى ؛ لأنَّها أُجْرَةٌ لإيفاءِ الحقِّ الذى عليه ، فكانت عليه ، كأُجْرَةِ الكَيَّالِ فى بَيْعِ المَكِيلِ . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ على المُقْتَصِّ ؛ لأنَّه وَكِيلُه ، فكانت الأُجْرةُ على مُوَكِّلِه ، كسائرِ المواضعِ ، والَذى على الجانى التَّمْكينُ دُونَ الفِعْلِ ، ولهذا لو أراد أن يَقْتَصَّ من نَفْسِه ، لم يُمَكَّنْ منه ، ولأنَّه لو كانتْ عليه أُجرةُ التَّوْكِيلِ ، لَلَزِمَتْه أُجرةُ الوَلِىِّ إذا اسْتَوْفَى بنَفْسِه . وإن قال الجانى : أنا أَقْتَصُّ لك من نَفْسِى . لم يَلْزَمْ تَمْكِينُه ، ولم يَجُزْ ذلك له ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ﴾[٥٦] . ولأنَّ معنى القِصاصِ أن يَفْعَلَ به كما فَعَلَ ، ولأنَّ القِصاصَ حَقٌّ عليه لغيرِه ، فلم يَجُزْ أن يكونَ هو المُسْتَوْفِىَ له ، كالبائعِ لا يَسْتَوْفِى من نَفْسِه .

٩/٣٠و

فصل : وإن كان القِصاصُ لجماعةٍ من الأَوْلِياءِ ، وتَشاحُّوا فى المُتَوَلِّى منهم

---

(٥٥) فى ب : « بحقه » .

(٥٦) سورة النساء ٢٩ .

للاسْتِيفاءِ ، أُمِرُوا بتَوْكِيلِ أحَدِهم ، أو واحِدٍ من غيرهم ، ولم يَجُزْ أن يتَولَّاه[٥٧] جَمِيعهُمْ ؛ لما فيه من تَعْذِيبِ الجانِى ، وتَعَدُّدِ أفْعالِهم . فإن لم يَتَّفِقُوا على واحِدٍ ، وتَشاحُّوا ، وكان كلُّ واحِدٍ منهم يُحْسِنُ الاسْتِيفاءَ ، أُقْرِعَ بينهم ؛ لأنَّ الحُقُوقَ إذا تساوَتْ وعُدِمَ التَّرْجِيحُ ، صِرْنا إلى القُرْعةِ ، كما لو تَشاحُّوا فى تَزْوِيجِ مُوَلِّيَتِهم ، فمن خَرَجَتْ له القُرْعةُ ، أُمِرَ الباقُونَ بتَوْكِيله ، ولا يجوزُ له الاسْتِيفاءُ بغيرِ إذْنِهم ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، فلا يجوزُ اسْتيفاؤُه بغيرِ إذْنِهم . وإن لم يَتَّفِقُوا على تَوكِيلِ واحِدٍ ، مُنِعُوا الاسْتِيفاء حتى يُوَكِّلُوا .

١٤٣٨ – مسألة ؛ قال : (وإنْ كَانَتِ الْجِرَاحُ بَرَأَتْ قَبْلَ قَتْلِه ، فَعَلَى الْمَعْفُوِّ عَنْهُ ثَلَاثُ دِيَاتٍ ، إلَّا أنْ يُرِيدُوا الْقَوَدَ ، فيُقِيدُوا[١] ويَأْخُذُوا مِنْ مَالِهِ دِيَتَيْنِ)

أمَّا إذا قَطَعَ يَدَيْه ورِجْلَيْه فبَرَأَتْ جِراحُه ، ثم قَتَلَه ، فقد اسْتَقَرَّ حُكْمُ القَطْعِ ، ولِوَلِىِّ القَتِيلِ الخِيارُ ، إن شاء عَفَا وأَخذَ ثَلاثَ دِياتٍ ؛ دِيَةً لنَفْسِه ، ودِيَةً لِيَدَيْه ، ودِيَةً لِرِجْلَيْهِ ، وإن شاء قَتَلَه قِصاصًا بالقَتْلِ ، وأخذ دِيَتَيْنِ لأَطْرافِه . وإن / أحَبَّ قَطعَ أَطْرافه الأرْبعةَ ، وأَخذَ دِيةً لنَفْسِه . وإن أحَبَّ قَطْعَ يَدَيْه ، وأَخذَ دِيَتَيْنِ لنَفْسِه ورِجْلَيْه . وإن أحبَّ قَطْعَ رِجْلَيْه ، وأخذَ دِيَتَيْنِ لنَفْسِه ويَدَيْه . وإن أحَبَّ قَطْعَ طَرَفًا واحدًا ، وأخذ دِيَةَ الباقِى . وإن أحبَّ قَطْعَ ثلاثةَ أطْرافٍ ، وأخذَ دِيَةَ الباقِى . وكذلك سائرُ فُرُوعِها ؛ لأنَّ حُكْمَ القَطْعِ اسْتَقَرَّ قبلَ القَتْلِ بالانْدِمالِ ، فلم يتغَيَّرْ حُكْمُه بالقَتْلِ الحادِث بعدَه ، كما لو قَتَلَه أجْنَبِىٌّ ، ولا نعلمُ فى هذا مُخالِفًا .

٣٠/٩ ظ

فصل : فإن اختلَفَ الجانِى والوَلِىُّ فى انْدِمالِ الجُرْحِ قبلَ القَتْلِ ، وكانت المُدَّةُ بينهما يَسِيرةً ، لا يَحْتَمِلُ انْدِمالَه فى مثلِها ، فالقولُ قولُ الجانِى بغيرِ يَمِينٍ . وإن اختلَفا فى

---

(٥٧) فى الأصل : « يتولا » .

(١) فى ب ، م : « فقيدوا » .

مُضِيِّ المُدَّةِ ، فالقولُ قولُ الجانِي مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ مُضِيِّها ، وإن كانت المُدَّةُ مِمَّا يَحْتَمِلُ البُرْءَ فيها ، فالقولُ قولُ الوَلِيِّ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه قد وُجِدَ سَبَبُ[2] وُجُوبِ دِيَةِ اليَدَيْنِ بقَطْعِهِما ، والجانى يَدَّعِي سُقُوطَ دِيَتِهما بالقَتْلِ ، والأَصلُ عَدَمُ ذلك . فإن كانت للجانِي بَيِّنَةٌ ببَقَاءِ المَجْنِيِّ عليه ضَمِنًا حتى قَتَلَه ، حُكِمَ له ببَيِّنَتِهِ ، وإن كانتْ[3] للولىِّ بَيِّنَةٌ ببُرْئِه ، حُكِمَ له أيضا ، وإن تعارَضَتا ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الوَلِيِّ ؛ لأنَّها مُثْبِتةٌ للبُرْءِ . ويَحْتَمِلُ أن يكون القولُ قولَ الجانِي ، إذا لم يكُنْ لهما بَيِّنَةٌ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاءُ الجِراحةِ ، وعَدَمُ انْدِمالِها . وإن قَطَعَ أطْرافَه فمات ، واختلَفا ، هل بَرَأَ قبلَ المَوْتِ ، أو مات بسِرَايةِ الجُرْحِ ؟ أو قال الوَلِيُّ : إنَّه مات بسَبَبٍ آخرَ ، كأنَّه[4] لُدِغَ ، أو ذَبَحَ نَفسَه ، أو ذَبَحه غيرُه . فالحكمُ فيما إذا مات بغيرِ سببٍ آخَرَ ، كالحكمِ فيما إذا قَتَلَه ، سَواءً . وأمَّا إذا مات بقَتْلٍ أو سَبَبٍ آخرَ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تقديمُ قولِ الْجانِي ؛ لأنَّ الظاهِرَ بَقاءُ الجِنايةِ ، والأَصْلُ عَدَمُ سَبَبٍ آخَرَ ، فيكونُ الظَّاهِرُ معه . والثانى ، القولُ قولُ وَلِيِّ الجِنايةِ ؛ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ الدِّيَتَيْنِ اللَّتَيْنِ وُجِدَ سَبَبُهما ، حتى يُوجَدَ ما يُزِيلُهما . فإن كانتْ دَعْواهُما بالعَكْسِ ، فقال الولِيُّ : مات من سِرَايةِ قَطْعِكَ ، فعليك القِصاصُ فى النَّفْسِ. فقال الجانِي: بل انْدَمَلَتْ جِراحُه قبلَ مَوْتِهِ. / أو ادَّعَى مَوْتَه بسببٍ آخَرَ ، فالقولُ قولُ الوَلِيِّ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الجُرْحَ سَبَبٌ للموتِ ، وقد تحقَّقَ ، والأَصلُ عَدَمُ الانْدِمالِ ، وعَدَمُ سَبَبٍ آخَرَ يَحْصُلُ الزُّهُوقُ به ، وسَواءٌ كان الجُرْحُ فيما يَجِبُ به القِصاصُ فى الطَّرَفِ ، كقَطْعِ اليَدِ من مَفْصِلٍ أو لا[5] يُوجِبُه ، كالجائِفَةِ والْقَطْعِ من غير مَفْصِلٍ . وهذا كلُّه مذهبُ الشافعيِّ .

٣١/٩و

١٤٣٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ رَمَى ، وَهُوَ مُسْلِمٌ كَافِرًا عَبْدًا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ**

---

(٢) فى ب : « بسبب » .
(٣) فى ب ، م : « كان » .
(٤) فى م : « كأن » .
(٥) فى ب ، م : « ولا » .

السَّهْمُ حتَّى عَتَقَ وأسْلَمَ ، فَلَا قَوَدَ ، وَعَلَيْهِ دِيَةُ حُرٍّ مُسْلِمٍ ، إذَا مَاتَ مِن الرَّمْيَةِ[1])

هذا قولُ ابنِ حامدٍ ، ومذهبُ الشافعيِّ . وقال أبو بكرٍ : يَجِبُ القَوَدُ ؛ لأنَّه قَتَلَ[2] مُكافِئًا له ظُلْمًا عَمْدًا ، فوَجَبَ القِصاصُ ، كما لو كان حُرًّا مسلمًا حَالَ الرَّمْيِ ، يُحَقِّقُه أنَّ الاعْتبارَ بحالِ الإصابةِ[3] ، بدليلِ ما لو رَمَى مُسْلِمًا حَيًّا ، فلم يَقَعْ به السَّهْمُ حتى ارْتَدَّ أو ماتَ ، لم يَلْزَمْه شيءٌ ، ولو رَمَى عبدًا كافرًا ، فلم يَقَعْ به السَّهْمُ حتى عَتَقَ وأسْلَمَ ، فعليه دِيَةُ حُرٍّ مسلمٍ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزَمُه فى العبدِ دِيَةُ عَبْدٍ لمَوْلاه ؛ لأنَّ الإصابةَ ناشِئةٌ عن إرْسالِ السَّهْمِ ، فكان الاعْتبارُ بها ، كحالةِ الجَرْحِ . فأمَّا الكافرُ ، فمَذْهَبُه أنَّ دِيَتَه دِيَةُ المسلمِ ، وأنَّه يُقْتَلُ به المُسْلِمُ ، وكذلك يُقْتَلُ الحُرُّ بالعَبْدِ . ولَنا على دَرْءِ القِصاصِ ، أنَّه لم يَقْصِدْ[4] إلى نفسٍ مُكافِئةٍ[5] له حالَ الرَّمْيِ ، فلم يَجِبْ عليه قِصاصٌ ، كما لو رَمَى حَرْبِيًّا أو مُرْتَدًّا فأسلَمَ . وعلى أبى حنيفةَ ، أنَّه أتْلَفَ حُرًّا ، فضَمِنَه ضَمانَ الأحْرارِ ، كما لو قَصَدَ صَيْدًا . وما قاله يَبْطُلُ بما إذا رَمَى حَيًّا فأصابَه مَيِّتًا ، أو صَحِيحًا فأصابَه مَعِيبًا . ولَنا على أن دِيَتَه تجبُ لوَرَثَتِه دُونَ سَيِّدِه ، أنَّه إذا أسْلَمَ تَجِبُ دِيَتُه لوَرَثَتِه المسلمينَ دُونَ الكُفَّارِ ، إنْ[6] ماتَ مُسْلِمًا حرًّا ، فكانت دِيَتُه لوَرَثَتِه المسلمينَ ، كما لو كان كذلك حالَ رَمْيِه ، ولأنَّ المِيراثَ إنَّما يُسْتَحَقُّ بالمَوْتِ ، فتُعْتَبَرُ حالُه حينئذٍ ، لا حينَ سَبَبِ المَوْتِ ، بدَليلِ ما لو مَرِضَ وهو عبدٌ كافرٌ ، ثم أسلَمَ وماتَ بتلك العِلَّةِ ، والواجبُ بَدَلُ المَحَلِّ ، فيُعْتَبَرُ بالمَحَلِّ الذى فاتَ بها ، فيَجِبُ بقَدْرِه ، وقد فاتَ بها نَفْسُ حُرٍّ مسلمٍ ، والقِصاصُ جَزاءُ الفِعْلِ ، فيُعْتَبَرُ الفِعْلُ فيه والإصابةُ معًا ؛ لأنَّهما طَرَفاه ، / فلذلك ، لم يَجِب القِصاصُ بقَتْلِه . ٩/٣١ظ

---

(١) فى م : « سهمه » .
(٢) سقط من الأصل .
(٣) فى م : « الجناية » .
(٤) فى م : « يتعد » .
(٥) فى م : « مكافئته » .
(٦) فى الأصل ، ا ، ب : « أنه » .

فصل : ولم يُفَرِّق الْخِرَقِىُّ بين كَوْنِ الكافرِ ذِمِّيًّا أو غيرَه ، إلَّا أنَّه يتَعَيَّنُ التَّفْريقُ فيه ، فمتى رَمَى إلى حَرْبِىٍّ فى دار الحَرْبِ ، فأسْلَم قبلَ وُقُوعِ الرَّمْيةِ به ، فلا دِيَةَ له ، وفيه الكَفَّارةُ ؛ لأنَّه رَمْىٌ مَنْدُوبٌ إليه ، مأمورٌ به ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَه فى دارِ الحربِ يَظُنُّه حَرْبِيًّا ، وكان قد أسلمَ وكَتَم إسلامَه . وفيه روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ فيه الدِّيَةَ على عاقِلةِ الْقاتِلِ ؛ لأنَّه نَوْعُ خَطأٍ ، فكذلك هٰهُنا . ولو رَمَى مُرْتَدًّا فى دارِ الإسلامِ ، فأسْلَمَ ثم وَقَعَ السهمُ به ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ بإرْسالِ سَهْمِه عليه ؛ لأنَّ قَتْلَ المُرْتَدِّ إلى الإمامِ ، لا إلى آحادِ الناسِ ، وقَتْلُه بالسَّيْفِ لا بالسَّهْمِ .

فصل : ولو رَمَى حَرْبِيًّا ، فتَتَرَّسَ بمُسْلِمٍ ، فأصَابَه فقَتَلَه ، نَظَرْنا ؛ فإن[7] تتَرَّسَ به بعَدَ الرَّمْيِ ، ففيه الكَفَّارةُ ، وفى الدِّيَةِ على عاقِلَةِ الرامِى رِوايتان ، كالتى قبلَها ، وإن تتَرَّسَ به قبلَ الرَّمْيِ ، لم يَجُزْ رَمْيُه ، إلَّا أن يخَافَ على المسلمينَ ، فيَرْمِىَ الكافِرَ ، ولا يَقْصِدُ المُسْلِمَ ، فإذا قَتَلَه ، ففى دِيَتِه أيضا رِوَايتان ، وإن رَمَاهُ من غيرِ خَوْفٍ على المسلمين[8] فقَتَلَه ، فعليه دِيَتُه ؛ لأنَّه لم يَجُزْ له رَمْيُه .

فصل : ولو قَطَعَ يَدَ عبدٍ ، ثم أُعْتِقَ ومات ، أو يَدَ ذِمِّىٍّ ، ثم أسْلَمَ ومات ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، الواجبُ دِيَةُ حُرٍّ مسلمٍ ، لوَرَثَتِه ولسَيِّده منها أقلُّ الأمْرَينِ من دِيَتِه أو أرْشِ جنايَتِه ، اعتبارًا بحالِ اسْتِقْرارِ الجنايةِ . وقال القاضى ، وأبو بكرٍ : تجبُ قيمةُ العَبْدِ بالِغةً ما بَلَغَتْ ، مَصْرُوفةً إلى السَّيِّدِ ، اعْتبارًا بحالِ الجنايةِ ؛ لأنَّها المُوجِبَةُ[9] للضَّمانِ ، فاعْتُبِرَتْ حالَ وُجُودِها . ومُقْتَضَى قولِهما ضَمانُ الذِّمِّىِّ الذى أسْلَمَ بدِيَةِ ذِمِّىٍّ ، ويَلْزَمُهما على هذا أن يَصْرِفاها إلى وَرَثَتِه من أهلِ الذِّمَّةِ ، وهو غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ الدِّيَةَ لا تَخْلُو من أن تكونَ مُسْتَحَقَّةً للمَجْنِىِّ عليه ، أو لوَرَثَتِه ؛ فإن كانت له ، وَجَبَ أن تكونَ

---

(٧) فى م زيادة : « كان » .

(٨) فى الأصل ، ا ، ب : « المسلم » .

(٩) فى م : « الموجب » .

لوَرَثَتِه المسلمينَ[١٠] ، كسائرِ أموالِه وأمْلاكِه ، وكالذى[١١] كَسَبه بعد جرْحِه ، وإن كانت تَحْدُثُ على مِلْكِ وَرَثَتِه ، فوَرَثَتُه هم المسلمونَ دُونَ الكُفَّارِ .

٣٢/٩ و **فصل** : وإذا قَطَعَ أنفَ عَبْدٍ قِيمَتُه أَلْفُ[١٢] دِينارٍ ، فانْدَمَلَ ، ثم أَعْتَقَه / السَّيِّدُ . وَجَبَتْ قِيمَتُه بكمالِها للسَّيِّدِ . وإن أَعْتَقه ثم انْدَمَلَ ، فكذلك ؛ لأنَّه إنَّما اسْتَقَرَّ بالانْدمالِ ما وَجَبَ بالجِنايةِ ، والجِنايةُ كانتْ فى مِلْكِ سَيِّدِه . وإن ماتَ من سِرايةِ الجُرْحِ ، فكذلك فى قولِ أبى بكرٍ والقاضى . وهو قولُ المُزَنِيِّ ؛ لأنَّ الجِنايةَ يُراعَى فيها حالُ وُجُودِها . وذكر القاضى ، أنَّ أحمدَ نَصَّ عليه فى روايةِ حَنْبلٍ ، فى مَن فَقَأَ عَيْنَىْ عَبْدٍ ، ثم أُعْتِقَ وماتَ ، ففيه قِيمَتُه لا الدِّيَةُ . ومقتضى قولِ الْخِرَقِيِّ ، أنَّ الواجبَ فيه دِيَةُ حُرٍّ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ اعتبارَ الجِنايةِ بحالةِ الاسْتِقْرارِ ، وقد ذكَرْناه . وتُصْرَفُ إلى السَّيِّدِ ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ أقَلَّ الأمْرينِ من دِيَتِه أو أَرْشِ الجُرْحِ ، والدِّيَةُ هٰهُنا أقَلُّ الأمْرَيْنِ . وما ذكَرُوه يَنْتَقِضُ بما إذا قَطَعَ يَدَيْه ورِجْلَيْه ، فماتَ بسِرَايةِ الجُرْحِ ؛ فإنَّ الواجِبَ دِيَةُ النَّفْسِ ، لا دِيَةُ الجُرْحِ .

فصل : وإن قَطَعَ يَدَ عبدٍ ، فأُعْتِقَ ، ثم عادَ فقَطَعَ رِجْلَه ، وانْدَمَلَ القَطْعانِ ، فلا قِصاصَ فى اليَدِ ؛ لأنَّها قُطِعَتْ فى حالِ رِقِّه ، ويَجِبُ فيها نِصْفُ قِيمَتِه ، أو ما نَقَصَه القَطْعُ لِسَيِّدِه ، ويَجِبُ القِصاصُ فى الرِّجْلِ التى قَطَعَها حالَ حُرِّيَّتِه ، أو نِصْفُ الدِّيَةِ إن عَفَا عن القِصاصِ لوَرَثَتِه . وإن انْدَمَلَ قَطْعُ اليَدِ ، وسَرَى قَطْعُ الرِّجْلِ إلى نَفْسِه ، ففى اليَدِ نِصْفُ القِيمةِ لسَيِّدِه ، وعلى القاطِعِ القِصاصُ فى النفسِ ، أو الدِّيَةُ كاملةً لوَرَثَتِه . وإن انْدَمَلَ قَطْعُ الرِّجْلِ ، وسَرَى قَطْعُ اليدِ ، ففى الرِّجْلِ القِصاصُ بقَطْعِها ، أو نِصْفُ الدِّيَةِ لوَرَثَتِه ، ولا قِصاصَ فى اليَدِ ، ولا فى سِرَايتِها ، وعلى الجانى دِيَةُ حُرٍّ ، لسَيِّدِه منها أَقَلُّ الأمْرَيْنِ من أَرْشِ القَطْعِ أو دِيَةُ الحُرِّ ، على قولِ ابنِ حامدٍ . وعلى قولِ أبى بكرٍ

---

(١٠) سقط من : ب .

(١١) سقطت الواو من : م .

(١٢) فى الأصل : « ألفا » .

والقاضى ، تَجِبُ قيمةُ العبدِ لسيِّده ، اعْتبارًا بحالِ جنايَتِه . وإن سَرَى الجُرْحانِ ، لم يجبِ القِصاصُ فى النفسِ ولا اليَدِ ؛ لأنَّه مات من جُرْحَيْنِ مُوجِبٍ وغيرِ موجِبٍ ، فلم يجبِ القِصاصُ ، كما لو جَرَحَه جُرْحَيْنِ عَمْدًا وخطأً ، ولكن يجبُ القِصاصُ فى الرِّجْلِ ؛ لأنَّه قطَعَها من حُرٍّ ، فإن اقْتصَّ منه ، وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لأنَّه مات من جنايتِه ، وقد اسْتَوْفَى منه ما يُقابِلُ نِصْفَ الدِّيَةِ / ، وللسَّيِّدِ أقَلُّ الأمْرينِ من نصفِ القِيمةِ أو نصفِ الدِّيَةِ ، فإن زاد نِصْفُ الدِّيَةِ على نصفِ القِيمةِ ، كان الزَّائدُ للوَرَثَةِ ، وإن عَفَا ورَثَتُه عن القِصاصِ ، فلهم أيضا نِصْفُ الدِّيَةِ . وإن كان قاطِعُ الرِّجْلِ غيرَ قاطعِ اليَدِ ، وانْدَمَلَ الجُرْحانِ ، فعلى قاطعِ اليَدِ نصفُ القِيمةِ لسَيِّده ، وعلى قاطعِ الرِّجْلِ القِصاصُ فيها أو نِصْفُ الدِّيَةِ . وإن سَرَى الجُرْحانِ إلى نَفْسِه ، فلا قِصاصَ على الأوَّلِ ؛ لأنَّه قطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، وعليه نِصْفُ دِيَةِ حُرٍّ ؛ لأنَّ المَجْنِىَّ عليه حُرٌّ فى حالِ قَرارِ الجِنايةِ ، وعلى الثانى القِصاصُ فى النفسِ إذا[13] كانَا عَمَدَا[13] القَطْعَ ؛ لأنَّه شارَكَ فى القَتْلِ عَمْدًا عُدْوانًا ، فهو كشَرِيكِ الأبِ . ويتَخَرَّجُ [14]أن لا قِصاصَ[14] عليه فى النَّفْسِ ؛ لأنَّ الرُّوحَ خَرَجتْ من سِرايةِ قَطْعَيْنِ ؛ مُوجِبٍ وغيرِ مُوجِبٍ ، بِناءً على شَرِيكِ الأبِ . وإن عَفَا عنه إلى الدِّيَةِ ، فعليه نِصْفُ دِيَةِ حُرٍّ . وإن قُلْنا بوُجُوبِ القِصاصِ فى النَّفْسِ ، خُرِّجَ فى وُجُوبِه فى الطَّرَفِ رِوايتان ، وإن قُلْنا : لا تجبُ فى النَّفْسِ . وَجَبَ فى الرِّجْلِ .

فصل : وإن قَلَعَ عينَ عَبْدٍ ، ثم أُعْتِقَ ، ثم قَطَعَ آخرُ يَدَه ، ثم قَطَعَ آخرُ رِجْلَه ، فلا قَوَدَ على الأوَّلِ ، سواءٌ انْدَمَلَ جُرْحُه أو سَرَى ، وأمَّا الآخَرانِ ، فعليهما القَوَدُ فى الطَّرَفَيْنِ [15]إن وَقَفَ[15] قَطْعُهما ، أو دِيَتُهما إن عَفَا عنهما . وإن سَرَتِ الجِراحاتُ كلُّها ، فعليهما القِصاصُ فى النَّفْسِ ؛ لأنَّ جِنَايَتَهما صارت نَفْسًا . وفى ذلك وفى القِصاصِ فى الطَّرَفِ اخْتلافٌ وقد ذكَرْناه ، وإن عَفَا عنهما ، فعليهم الدِّيَةُ أثْلاثًا ، وفيما يَسْتَحِقُّه

(13-13) فى ب ، م : « كان عمد » .

(14-14) فى م : « إلا القصاص » . خطأ .

(15-15) فى الأصل : « أوقف » .

السَّيِّدُ وَجْهان ؛ أحدهما ، أَقَلُّ الأَمْرَينِ من نِصْفِ القِيمةِ أو ثُلُثِ الدِّيَةِ . هذا قياسُ قولِ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه بالقَطْعِ استَحَقَّ نِصْفَ القِيمةِ ، فإذا صارت نَفْسًا ، وَجَبَ فيها ثُلُثُ الدِّيَةِ ، فكان له أقَلُّ الأمْرَيْنِ[١٦] . [١٧]والثانى ، له[١٧] أقَلُّ الأمْرَيْنِ من ثُلُثِ القيمةِ أو ثُلُثِ الدِّيَةِ ؛ لأنَّ الجِنايةَ إذا صارتْ نَفْسًا ، كان الاعْتبارُ بما آلَتْ إليه ، ألا تَرَى أنَّه لو جَنَى الجانيان الآخَرَان قبلَ العِتْقِ أيضًا ، لم يكُنْ على الأوَّلِ إلَّا ثُلُثُ القِيمَةِ ، فلا يَزِيدُ حَقُّه بالعِتْقِ ، كما لو قَلَعَ رَجُلٌ عَيْنَه ، ثم باعه سَيِّدُه ، / ثم قَطَعَ آخرُ يَدَه ، وآخرُ رِجْلَه ، ثم مات ، فإنَّه يكون للأوَّلِ ثُلُثُ القِيمةِ . وإن كان أَرْشُ الجنايةِ نِصْفَ القِيمةِ ، فإذا قُلْنا بالوَجْهِ الأوَّلِ ، فلو كان الأوَّلُ قَطَعَ إصْبَعَيْه[١٨] ، أو هَشَمَه ، والجانِيَانِ فى الحُرِّيَّةِ قطَعا يَدَه[١٩] ، فالدِّيَةُ عليهم أثلاثًا ، للسَّيِّدِ منها أقَلُّ الأمْرَينِ من أَرْشِ الإصْبَعِ وهو عُشْرُ القِيمةِ أو ثُلُثِ الدِّيَةِ . ولو كان الجانى فى حالِ الرِّقِّ قَطَعَ يَدَيْه ، والجانِيَانِ فى الحُرِّيَّةِ قطَعا رِجْلَيْه ، وَجَبتِ الدِّيَةُ أثْلاثًا ، وكان للسَّيِّدِ منها أقَلُّ الأمرينِ من جميعِ القيمةِ[٢٠] أو ثُلُثِ الدِّيَةِ . وعلى الوَجْهِ الآخرِ ، يكونُ له فى الفَرْعَيْنِ أقَلُّ الأمْرَيْنِ من ثُلُثِ القيمةِ أو ثُلُثِ الدِّيَةِ .

٣٣/٩و

فصل[٢١] : فإن كان الجانِيَانِ فى حالِ الرِّقِّ ، والواحدُ فى حالِ الحُرِّيَّةِ ، فمات ، فعليهم الدِّيَةُ ، وللسَّيِّدِ من ذلك ، فى أحدِ الوَجْهينِ ، أقَلُّ الأمْرَيْنِ من أرْشِ الجنايتَيْنِ أو ثُلُثَيِ الدِّيَةِ ، وعلى الآخرِ أقَلُّ الأمْرَيْنِ من ثُلُثَيِ القِيمَةِ أو ثُلُثَيِ الدِّيَةِ .

فصل : وإن كان الجُناةُ أربعةً ؛ واحدٌ فى حالِ[٢٢] الرِّقِّ ، وثلاثةٌ فى الحُرِّيَّةِ ،

---

(١٦) فى م : « أمرين » .

(١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨) فى الأصل : « يده » .

(١٩) فى الأصل : « يديه » .

(٢٠) فى الأصل ، ا ، ب : « قيمته » .

(٢١) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

ومات ، كان للسَّيِّدِ فى أحَدِ الوَجْهين ، الأقَلُّ من أرْشِ الجنايةِ أو رُبْعِ الدِّيَةِ ، وعلى الآخَرِ الأقلُّ من رُبْعِ القِيمةِ أو رُبْعِ الدِّيَةِ . وإن كان الثلاثةُ فى الرِّقِّ، والواحدُ فى الحُرِّيَّةِ ، كان للسَّيِّدِ أقلُّ الأمْرَينِ من أرْشِ الجناياتِ أو ثلاثةِ[23] أرْباعِ الدِّيَةِ ، فى أحَدِ الوَجْهينِ ، وفى الآخَرِ الأقَلُّ من ثلاثةِ أرْباعِ القِيمَةِ أو ثلاثةِ أرْباعِ الدِّيَةِ . ولو كانوا عَشرةً ، واحدٌ فى الرِّقِّ ، وتسعةٌ فى الحُرِّيَّةِ ، فالدِّيةُ عليهم ، وللسَّيِّدِ فيها بحِسابِ ما ذكَرْنا ، على اخْتلافِ الوَجْهينِ .

فصل : فإن قَطَعَ يَدَه ، ثم أُعْتِقَ ، فقَطَعَ آخرُ رِجْلَه ، ثم عاد الأوَّلُ فقَتَلَه بعدَ الانْدِمالِ ، فعليه القِصاصُ للوَرَثةِ ، ونِصْفُ القيمةِ للسَّيِّدِ ، وعلى الآخَرِ القِصاصُ للوَرثةِ فى الرِّجْلِ أو نِصْفُ الدِّيَةِ . فإن كان قبلَ الانْدِمالِ ، فعلى الجانِى الأوَّلِ القِصاصُ فى النَّفْسِ دُونَ[24] اليَدِ ؛ لأنَّه قطَعَها فى رِقِّه . فإن اخْتارَ الورثةُ القِصاصَ فى النَّفْسِ[24] ، سَقَطَ حقُّ السَّيِّدِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يُسْتَحَقَّ عليه النَّفْسُ وأرْشُ الطَّرَفِ قبلَ الانْدِمالِ ، فإنَّ الطَّرَفَ داخِلٌ فى النَّفْسِ فى الأرْشِ . وإن اختارُوا العَفْوَ ، فعليه الدِّيَةُ دُونَ أرْشِ الطَّرَفِ ؛ لأنَّ أرْشَ الطَّرَفِ يَدْخُلُ فى النَّفْسِ ، وللسَّيِّدِ أقَلُّ الأمْرَيْنِ من نِصْفِ القِيمَةِ أو أرْشِ الطَّرَفِ ، والباقى للورثةِ ، / وأمَّا الثانى ، فعليه[25] القِصاصُ فى الرِّجْلِ ؛ لأنَّ القَتْلَ قَطَعَ سِرايَتَها ، فصار كما لو انْدَمَلَتْ . فإن عَفَا عنه[26] فعليه نصفُ الدِّيَةِ . وإن كان الثانى هو الذى قَتَلَ قبلَ الانْدِمالِ[26] ، فعليه القِصاصُ فى النَّفْسِ . وهل يُقْطَعُ طَرَفُه ؟ على رِوَايتَيْنِ . فإن عَفَا الوَرَثةُ ، فعليه دِيَةٌ واحدةٌ . وأمَّا الأوَّلُ ، فعليه نِصْفُ القِيمَةِ للسَّيِّدِ ، ولا قِصاصَ عليه . وإن كان القاتلُ ثالِثًا ، فقد اسْتَقَرَّ القَطْعانِ ، ويكونُ على الأوَّلِ نِصْفُ القِيمَةِ لسَيِّده ، وعلى الثانى القِصاصُ فى الرِّجْلِ ، أو نِصْفُ[27] الدِّيَةِ

٩/٣٣ ظ

(٢٣) فى م : « وثلاثة » .
(٢٤ - ٢٤) سقط من : الأصل .
(٢٥) فى م زيادة : « نصف » .
(٢٦ - ٢٦) سقط من : م .
(٢٧) فى الأصل : « ونصف » .

لوَرَثَتِه ، وعلى الثالثِ القِصاصُ فى النَّفْسِ أو الدِّيَةُ .

فصل : وإذا قَطَعَ رجلٌ يَدَ عَبْدِه ، ثم أعْتَقَه ، ثم انْدَمَلَ جُرْحُه ، فلا قِصاصٍ عليه ولا ضَمانَ ؛ لأنَّه إنَّما قَطَعَ يَدَ عَبْدِه ، وإنَّما استقرَّ بالانْدِمالِ ما وَجَبَ بالجِراحِ . وإن مات بعدَ العِتْقِ بسِرَايةِ الجُرْحِ ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّ الجِنايةَ كانت على مَمْلُوكِه . وفى وُجُوبِ[28] الضَّمان وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يجبُ شيءٌ ؛ لأنَّه مات بسِرَايةِ جُرْحٍ غيرِ مَضْمُونٍ ، أشْبَهَ ما لو مات بسِرَايةِ القَطْعِ فى الحَدِّ وسِرَايةِ القَوَدِ ، ولأنَّا تبيَّنَّا أنَّ القَطْعَ كان قَتْلًا ، فيكون[29] قاتِلًا لعَبْدِهِ ، فلا يَلْزَمُه ضَمانُه ، كما لو لم يَعْتِقْه . [30] وهذا بمُقْتَضَى قَولِ أبى بكرٍ [30] . والثانى ، يَضْمَنُه بما زاد على أرْشِ القَطْعِ من الدِّيَةِ ؛ لأنَّه مات وهو حُرٌّ بسِرَايةِ قَطْعِ عُدْوانٍ ، فيَضْمَنُ ، كما لو كان القاطِعُ أجْنَبِيًّا ، لكن يَسْقُطُ أرْشُ القَطْعِ ؛ لأنَّه فى مِلْكِه ، ويجبُ الزَّائِدُ لوَرَثَتِه ، فإن لم يكُنْ له وارِثٌ سِواهُ ، وجَبَ لبيتِ المالِ ، ولا يَرِثُ السَّيِّدُ شيئًا ؛ لأنَّ القاتِلَ لا يَرِثُ .

١٤٤٠ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا قَتَلَ رَجُلٌ اثْنَيْنِ ، واحِدًا بَعْدَ واحِدٍ ، فاتَّفَقَ أوْلِيَاءُ الْجَمِيعِ عَلَى الْقَوَدِ ، أُقِيدَ لَهُمَا . وَإنْ أرَادَ وَلِيُّ الأَوَّلِ القَوَدَ ، والثَّانِى الدِّيَةَ ، أُقِيدَ لِلْأَوَّلِ ، وأُعْطِىَ أوْلِياءُ الثَّانِى الدِّيَةَ مِنْ مَالِهِ . وكَذٰلِكَ إنْ أرَادَ أوْلِياءُ الأَوَّلِ الدِّيَةَ ، والثَّانِى الْقَوَدَ)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا قَتَلَ اثنَيْنِ ، فاتَّفَقَ أولياؤُهما على قَتْلِه بهما ، قُتِلَ بهما . وإن أراد أحَدُهما القَوَدَ ، والآخَرُ الدِّيَةَ ، قُتِلَ لمن اختارَ[1] / القَوَدَ ، وأُعْطِىَ أوْلِياءُ[2] الثانى الدِّيَةَ من مالِه ، سواءٌ كان المُخْتارُ للقَوَدِ الثانىَ أو الأوَّلَ ، وسواءٌ قَتَلَهُما دَفْعةً واحدةً ، أو

٣٤/٩و

(٢٨) فى م : « وجود » .
(٢٩) فى الأصل زيادة : « قتلا » .
(٣٠ – ٣٠) سقط من : م .
(١) فى م : « أراد » .
(٢) سقط من : الأصل ، ب .

دَفْعتَيْنِ . فإن بادَرَ أحَدُهما فقتَلَه ، وَجَبَ[3] للآخَرِ الدِّيَةُ فى مالِه ، أيُّهما كان . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يُقْتَلُ بالْجماعةِ ، ليس لهم إلَّا ذلك ، وإن طَلَبَ بعضُهم الدِّيَةَ ، فليسَ له ، وإن بادَرَ أحَدُهم[4] فقتَلَهُ[5] ، سَقَطَ حقُّ الباقِينَ ؛ لأنَّ الجماعةَ لو قَتَلُوا واحدًا قُتِلُوا به ، فكذلك إذا قتَلَهُم واحدٌ قُتِلَ بهم ؛ كالواحِدِ بالواحِدِ . وقال الشافعيُّ : لا يُقْتَلُ إلَّا بواحِدٍ ، سواءٌ اتَّفَقُوا على [6]طَلَبِ القِصَاصِ[6] أو لم يَتَّفِقُوا ؛ لأنَّه إذا كان لكلِّ واحِدٍ استِيفاءُ القِصاصِ ، فاشْتِراكُهُم فى المُطالبةِ لا يُوجِبُ تَدَاخُلَ[7] حُقُوقِهم ، كسائرِ الحُقوقِ . ولَنا على أبى حنيفةَ ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « فَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ ؛ إنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا ، وإنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا العَقْلَ »[8] . فظاهِرُ هذا أنَّ أهلَ كلِّ قتيلٍ يَسْتَحِقُّونَ ما اخْتارُوه من القَتْلِ أو الدِّيَةِ ، فإذا اتَّفَقُوا على القَتْلِ وَجَبَ لهم ، وإن اخْتارَ بعضُهم الدِّيَةَ ، وَجَبتْ[9] له بظاهِرِ الخَبَرِ ، ولأنَّهما جِنَايتانِ لا يتداخَلانِ إذا كانَتا خطأً أو إحْداهما[10] ، فلم يَتَداخَلا فى العَمْدِ ، كالجِناياتِ على الأطْرافِ ، وقد سَلَّمُوها . ولَنا على الشافعيِّ ، أنَّه مَحَلٌّ تعَلَّقَ به حَقَّانِ ، لا يَتَّسِعُ لهما معا ، رَضِىَ المُسْتَحِقَّانِ به عنهما ، فيُكْتَفَى به ، كما لو قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدَيْنِ خطأً فرَضِىَ بأَخْذِه عنهما ، ولأنَّهما رَضِيَا بدُونِ حَقِّهما فجاز ، كما لو رَضِىَ صاحبُ الصَّحِيحةِ بالشَّلَّاءِ ، أو وَلِىُّ[11] الحُرِّ بالعَبْدِ ، ووَلِىُّ المسلمِ بالكافرِ . وفارَقَ ما إذا كان القَتْلُ خطأً ؛ فإن الجنايةَ تجبُ فى الذِّمَّةِ ، والذِّمَّة تَتَّسِعُ لحُقُوقٍ كثيرةٍ . وما ذكَرَه مالكٌ وأبو حنيفةَ فليس بصحِيحٍ ؛ فإنَّ

---

(3) فى ب : « وجبت » .

(4) فى الأصل : « أحدهما » .

(5) فى م : « فقتل » .

(6 - 6) فى الأصل ، ا : « الطلب للقصاص » .

(7) سقط من : الأصل .

(8) تقدم تخريجه فى صفحة ٥١٦ .

(9) فى م : « وجب » .

(10) فى ب ، م : « أحدهما » .

(11) فى الأصل : « وولى » .

الجماعةَ قُتِلُوا بالواحِدِ ، لئلَّا يُؤَدِّىَ الاشْتراكُ إلى إسْقاطِ القِصاصِ ، تَغْلِيظًا للقِصاصِ ، ومُبالغةً فى الزَّجْرِ ، وفى مسأَلتِنا يَنْعَكِسُ هذا ، فإنَّه إذا عَلِمَ أنَّ القِصاصَ واجبٌ عليه بقَتْلِ واحِدٍ ، وأنَّ قَتْلَ الثانى والثالثِ لا يَزْدادُ به عليه حَقٌّ ، بادَرَ إلى قَتْلِ مَنْ يُرِيدُ قَتْلَه ، وفَعَلَ ما يَشْتَهِى فِعْلَه ، / فيَصِيرُ هذا كإسْقاطِ القِصاصِ عنه ابتداءً مع الدِّيَةِ . ٩/٣٤ظ

فصل : وإن طَلَبَ كلُّ وَلِىٍّ قَتْلَه بوَلِيِّه ، مُسْتَقِلًّا من غيرِ مُشارَكةٍ ، قُدِّمَ الأوَّلُ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ ، ولأنَّ المَحَلَّ صار مُسْتَحَقًّا له[١٢] بالقَتْلِ الأوَّلِ . فإن عَفا ولىُّ الأوَّلِ ، فلوَلِىِّ الثانى قَتْلُه . وإن طالَبَ ولىُّ الثانى قبلَ طَلَبِ الأوَّلِ ، بَعَثَ الحاكمُ إلى وَلِىِّ الأوَّلِ فأعْلَمَه . وإن بادَرَ الثانى فقَتَلَه ، أساءَ ، وسَقَطَ حَقُّ الأوَّلِ إلى الدِّيَةِ . وإن كان وَلِىُّ الأوَّلِ غائبًا أو صغيرًا أو مجنونًا ، انْتُظِرَ . وإن عَفَا أوْلياءُ الجميعِ إلى الدِّياتِ ، فلهم ذلك . وإن قَتَلَهم دَفْعةً واحدةً ، وتَشاحُّوا فى المُسْتَوْفِى ، أُقْرِعَ بينهم ، فقُدِّمَ من تَقَعُ له القُرْعةُ ؛ لتَساوِى حُقُوقِهم . وإن بادَرَ غيرُه فقَتَلَه ، اسْتَوْفَى حَقَّه ، وسَقَطَ[١٣] حَقُّ الباقِينَ إلى الدِّيَةِ . وإن قَتَلَهم مُتَفَرِّقًا، وأشْكَلَ الأوَّلُ ، أو ادَّعَى كلُّ ولىٍّ أنَّه الأوَّلُ ، ولا بَيِّنَةَ لهم ، فأقَرَّ القاتلُ لأحَدِهم ، قُدِّمَ بإقْرارِه ، وإن لم يُقِرَّ ، أقْرَعْنا بينهم ؛ لِاسْتِواءِ حُقُوقِهم .

فصل : وإن قَطَعَ يُمْنَى رَجُلَيْنِ ، فالحكمُ فيه كالحُكْمِ فى الأنْفُسِ ، على ما ذكَرْنا من التَّفْصِيلِ والاخْتلافِ ، إلَّا أنَّ أصحابَ الرَّأْىِ قالوا : يُقادُ لهما جميعًا ، ويَغْرَمُ لهما دِيةَ الْيَدِ فى مالِه نِصْفَيْنِ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى إيجابِ القَوَدِ فى بعضِ العُضْوِ والدِّيَةِ فى بَعْضِه ، والجَمْعِ بين البَدَلِ والمُبْدَلِ فى مَحَلٍّ واحِدٍ ، ولم يَرِد الشَّرْعُ به ، ولا نَظِيرَ له يُقاسُ عليه .

---

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) فى م : « ويسقط » .

فصل : وإن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، ثم قَتَلَ آخَرَ ، ثم سَرَى القَطْعُ إلى نفسِ المَقْطوعِ فمات ، فهو قاتِلٌ لهما ، فإذا تشاحَّا فى المُسْتَوْفِى للقَتْلِ ، قُتِلَ بالذى قتَلَه ؛ لأنَّ وُجوبَ القَتْلِ عليه أسْبَقُ ، فإنَّ القَتْلَ بالذى قطَعَه إنَّما وَجَبَ عندَ السِّرايةِ ، وهى مُتأخِّرةٌ عن قَتْلِ الآخَرِ ، وأمَّا القَطْعُ ، فإن قُلْنا : إنَّه يُسْتَوْفَى منه مثلُ ما فعَلَ . فإنَّه يُقْطَعُ له أوَّلًا ، ثم يُقْتَلُ للذى[14] قتَلَه ، ويجبُ للأوَّلِ نِصْفُ الدِّيَةِ . وإن قُلْنا : لا يُسْتَوفَى القَطْعُ . وجَبَتْ له الدِّيَةُ كاملةً ، ولم يُقْطَعْ طَرَفُه . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ له القَطْعُ على كلِّ حالٍ ؛ / لأنَّ القَطْعَ إنَّما يدخُلُ فى القتلِ عندَ اسْتِيفاءِ القَتْلِ . فإذا تعذَّرَ اسْتيفاءُ القتلِ ، وجَبَ اسْتيفاءُ الطَّرَفِ لوُجودِ[15] مُقْتَضِيه ، وعَدَمِ المانعِ من اسْتِيفائِه ، كما لو لم يَسْرِ . ولو كان قَطْعُ اليَدِ لم يَسْرِ إلى النَّفْسِ ، فإنَّه تُقْطَعُ يَدُه أوَّلًا ، ثم يُقْتَلُ ، وسواءٌ تقدَّمَ القَطْعُ أو تأخَّرَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وقال مالكٌ : يُقْتَلُ ولا يُقْطَعُ ؛ لأنَّه إذا قُتِلَ تَلِفَ الطَّرَفُ ، فلا فائِدةَ فى القَطْعِ ، فأشْبَهَ ما لو كانا لواحِدٍ . ولَنا ، أنَّهما جِنايتانِ على رَجُلَيْنِ ، فلم يتداخَلا ، كقَطْعِ يَدَىْ رَجُلَيْنِ . وما ذكَره من القياسِ غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّه قد قال : لو قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، ثم قتَلَه يَقْصِدُ المُثْلَةَ به ، قُطِعَ وقُتِلَ . ونحن نُوافِقُه على هذا فى روايةٍ ، فقد حَصَلَ الإجماعُ منَّا ومنه[16] على انْتِفاءِ التَّداخُلِ فى الأصْلِ ، فكيف يَقِيسُ عليه ! ولكنَّه يَنْقَلِبُ دليلًا عليه ، فنقولُ : قَطَعَ وقَتَلَ ، فيُسْتَوْفَى منه مثلُ ما فَعَلَ ، كما لو فَعَلَه برَجُلٍ واحِدٍ يَقْصِدُ المُثْلةَ به[17] ، ويَثْبُتُ الحُكْمُ فى مَحَلِّ النِّزاعِ بطريقِ التَّنْبيه ، فإنَّه إذا لم يَتَداخَلْ حَقُّ الواحِدِ ، فحقُّ الاثْنَيْنِ أَوْلَى ، ويَبْطُلُ بهذا ما قالَه من المَعْنَى .

فصل : وإن قَطَعَ إصْبَعًا من يمينِ رَجُلٍ ، ويَمِينًا لآخَرَ ، وكان قَطْعُ الإصْبَعِ أسْبَقَ ، قُطِعَتْ إصْبَعُه قِصاصًا ، وخُيِّرَ الآخَرُ[18] بينَ العَفْوِ إلى الدِّيَةِ ، وبينَ القِصاصِ وأَخْذِ دِيَةِ

---

(١٤) فى ب ، م : « الذى » .

(١٥) فى الأصل : « بوجود » . وفى م : « لوجوب » .

(١٦) فى م : « ومنهم » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى الأصل : « الأخير » .

الإِصْبَعِ . ذكره القاضى ، وهو اختيارُ ابنِ حامدٍ ، ومذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه وَجَدَ بعضَ حَقِّه ، فكان له اسْتِيفاءُ المَوْجُودِ ، وأَخْذُ بَدَلِ المفقودِ ، كمَن أَتْلَفَ مِثْلِيًّا لِرَجُلٍ ، فوَجَدَ بعضَ المِثْلِ . وقال أبو بكر : يَتَخَيَّرُ[19] بين القِصاصِ ولا شئَ له معه ، وبين الدِّيَةِ . هذا قياسُ قولِه ، وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه لا يُجْمَعُ فى عُضْوٍ واحِدٍ بين قِصاصٍ ودِيَةٍ كالنَّفْسِ . وإن كان قَطْعُ اليَدِ سابقًا على قَطْعِ الإِصْبَعِ ، قُطِعَتْ يَمِينُه قِصاصًا ، ولصاحبِ الإِصْبَعِ أَرْشُها . ويفارِقُ هذا ما إذا قَتَلَ رَجُلًا ، ثم قَطَعَ يَدَ آخرَ ، حيثُ قَدَّمنا اسْتِيفاءَ القَطْعِ مع تأَخُّرِه ؛ لأنَّ قَطْعَ اليَدِ لا يَمْنَعُ التَّكافُؤَ فى النَّفْسِ ، بدليلِ أنَّا نأْخُذُ كامِلَ الأَطْرافِ بناقِصِها ، وأنَّ دِيَتَهُما واحدةٌ ، / ونَقْصُ الإِصْبَعِ يَمْنَعُ التَّكافُؤَ فى اليَدِ ، بدليلِ أنَّا لا نأْخُذُ الكامِلةَ بالناقصةِ ، واختلافِ دِيَتِهما . وإن عَفا صاحبُ اليَدِ ، قُطِعَتِ الإِصْبَعُ لصاحِبِها ، إن[20] اخْتارَ قَطْعَها .

٩/٣٥ظ

١٤٤١ – مسألة ؛ قال : (وإذَا جَرَحَه جُرْحًا يُمْكِنُ الاقْتِصاصُ مِنْهُ بِلَا حَيْفٍ ، اقْتُصَّ مِنْهُ)

وجملةُ ذلك أنَّ القِصاصَ يَجْرِى فيما دُونَ النَّفْسِ من الجُرُوحِ ، إذا أَمْكَنَ ؛ للنَّصِّ والإِجماعِ ؛ أمَّا النَّصُّ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[1] . ورَوَى أنسُ بن مالكٍ ، أنَّ الرُّبَيِّعَ بنتَ النَّضرِ بن أنسٍ ، كَسَرَتْ ثَنِيَّةَ جارِيةٍ ، فعَرَضُوا عليهم الأَرْشَ ، فأَبَوْا إلَّا القِصاصَ ، فجاءَ أخُوها أنسُ بنُ النَّضْرِ فقال : يا رَسُولَ اللهِ تُكْسَرُ ثَنِيَّةُ الرُّبَيِّعِ ! والذى بَعَثَكَ بالحَقِّ لا تُكْسَرُ ثنيَّتُها . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « يَا أَنَسُ ، كِتَابُ اللهِ الْقِصَاصُ » . قال : فعَفَا القَوْمُ ، فقال النبىُّ ﷺ : « إنَّ مِنْ عِبَادِ اللهِ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى

---

(١٩) فى م : « يخير » .

(٢٠) فى الأصل ، م : « وإن » .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

اللهِ لأَبَرَّهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٢] . وأجْمَعَ المسلمونَ على جَرَيانِ القِصاصِ فيما دُونَ النَّفْسِ إذا أَمْكَنَ ، ولأَنَّ ما دون النَّفْسِ كالنَّفْسِ فى الحاجةِ إلى حِفْظِه بالقِصاصِ ، فكان كالنَّفْسِ فى وُجُوبِه .

فصل : ويُشْتَرَطُ لوُجُوبِ القِصاصِ فى الجُروحِ ثلاثةُ أشياء ؛ أحدها ، أن يكونَ عَمْدًا مَحْضًا ، فأمَّا الخطأُ فلا قِصاصَ فيه إجماعًا ، ولأَنَّ الخطأَ لا يُوجِبُ القِصاصَ فى النَّفْسِ ، وهى الأَصْلُ ، ففيما دُونَها أَوْلَى . ولا يَجِبُ بعَمْدِ الخَطأِ ، وهو أن يَقْصِدَ ضَرْبَه بما لا يُفْضِى إلى ذلك غالِبًا ، مثل أن يَضْرِبَه بحَصاةٍ لا يُوضِحُ مِثْلُها ، فتُوضِحَه ، فلا يَجِبُ به القِصاصُ ؛ لأنَّه شِبْهُ العَمْدِ ، ولا يجبُ القِصاصُ إلَّا بالعَمْدِ المَحْضِ . وقال أبو بكر : يجبُ به القِصاصُ ، ولا يُرَاعَى فيه ذلك ؛ لعُمومِ الآية . الثانى ، التَّكافُؤُ بين الجارِحِ والمَجْرُوحِ ، وهو أن يكونَ الجانِى يُقَادُ من المَجْنِى عليه لو قَتَلَه ، كالحُرِّ المُسْلِمِ مع الحرِّ المسلمِ ، فأمَّا مَنْ لا يُقْتَلُ بقَتْلِه ، فلا يُقْتَصُّ منه فيما دُونَ النَّفْسِ له ، كالمسلمِ مع الكافرِ ، والحُرِّ مع العَبْدِ ، والأبِ مع ابْنِه ؛ لأنَّه لا تُؤْخَذُ نَفْسُه بنَفْسِه ، فلا يُؤخذُ طَرَفُه بطَرَفِه ، ولا يُجْرَحُ بجُرْحِه ، / كالمسلمِ مع المُسْتَأْمِنِ . الثالث ، إمْكانُ الاسْتِيفاءِ من غير حَيْفٍ ولا زِيادةٍ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾[٣] . وقال : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَى

٩/٣٦و

---

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الصلح فى الدية ، من كتاب الصلح ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه ... ﴾ ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب قوله : ﴿ ومن الناس من يتخذ من دون الله أندادا ﴾ ، وباب قوله : ﴿ والجروح قصاص ﴾ . من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٣/٢٤٣ ، ٤/٢٣ ، ٦/٢٩ ، ٦٥ ، ٦٦ . ومسلم ، فى : باب إثبات القصاص فى الأسنان وما فى معناها ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ٣/١٣٠٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب القصاص من السن ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٥٠٣ . والنسائى ، فى : باب القصاص من الثنية ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/٢٤ ، ٢٥ . وابن ماجه ، فى : باب القصاص فى السن ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٨٤ ، ٨٨٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٢٨ ، ١٦٧ ، ٢٨٤ .

(٣) سورة النحل ١٢٦ .

عَلَيْكُمْ ﴾[٤] . ولأنَّ دَمَ الجانِى مَعْصُومٌ إلَّا فى قَدْرِ جنايَتِه ، فمـا زاد عليها يَبْقَـى على العِصْمَةِ ، فيَحْرُمُ استِيفاؤُه بعدَ الجِنايةِ ، كتَحْرِيمِه قبلَها ، ومن ضَرُورَةِ المَنْعِ من الزِّيادةِ المَنْعُ من القِصاصِ ؛ لأنَّها من لَوازِمِه ، فلا يُمْكِنُ المَنْعُ منها إلَّا بالمَنْعِ منه . وهذا لا خِلافَ فيه نَعْلَمُه . وممَّن مَنَعَ القِصاصَ فيما دُونَ المُوضِحَةِ الحسنُ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ومَنَعَه فى العظامِ عمرُ بن عبد العزيزِ ، وعَطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والحَكَمُ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الجُرْحَ الذى يُمْكِنُ اسْتِيفاؤُه من غيرِ زِيادةٍ ، هو كلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِى إلى عَظْمٍ ، كالمُوضِحَةِ فى الرَّأْسِ والوَجْهِ ، ولا نعلمُ فى جَوازِ القِصَاصِ فى المُوضِحَةِ خِلافًا ، وهى كلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِى إلى العَظْمِ فى الرَّأْسِ والوَجْهِ ؛ وذلك لأنَّ اللهَ تعالى (٥نَصَّ على٥) القِصاصِ فى الجُرُوحِ ، فلو لم يَجِبْ هٰهُنا ، لَسَقَطَ حكمُ الآية ، وفى معنى المُوضِحَةِ كلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِى إلى عَظْمٍ فيما سِوَى الرَّأْسِ والوَجْهِ ، كالسَّاعِدِ ، والعَضُدِ ، والسَّاقِ ، والفَخِذِ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وهو مَنْصُوصُ الشافعىِّ . وقال بعضُ أصحابِه : لا قِصاصَ فيها ؛ لأنَّه لا مُقَدَّرَ[٦] فيها . وليس بصَحِيحٍ ، لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ . ولأنَّه أمْكَنَ اسْتِيفاؤُها بغيرِ حَيْفٍ ولا زيادةٍ ، لِانْتِهائِها إلى عَظْمٍ ، فهى كالمُوضِحَةِ ، والتَّقْدِيرُ فى المُوضِحَةِ ليس هو المُقْتَضِى للقِصاصِ ، ولا عَدَمُه مانعًا ، وإنَّما كان التَّقْدِيرُ فى المُوضِحَةِ لِكثرةِ شَيْنِها ، وشَرَفِ مَحَلِّها ، ولهذا[٧] قُدِّرَ ما فَوْقَها من شِجَاجِ الرَّأْسِ والوَجْهِ ، ولا قِصاصَ فيه ، وكذلك الجائِفةُ أَرْشُها مُقَدَّرٌ ، ولا[٨] قِصاصَ فيها[٩] .

فصل : ولا يُسْتَوْفَى القِصاصُ فيما دُونَ النَّفْسِ بالسَّيْفِ ، ولا بآلَةٍ يُخْشَى منها

---

(٤) سورة البقرة ١٩٤ .

(٥-٥) فى م : « أوجب » .

(٦) فى م : « يقدر » .

(٧) فى ب ، م زيادة : « ما » .

(٨) فى م : « لا » .

(٩) فى م : « فيه » .

الزِّيادةُ ، سواءٌ كان الجُرْحُ بها أو بغيرِها ؛ لأنَّ القتْلَ إنَّما استُوْفِىَ[10] بالسَّيفِ لأنَّه آلَتُه ، وليس ثَمَّ[11] شىءٌ يُخْشَى التَّعدِّى إليه ، فيَجِبُ أن يُستَوْفَى ما دون النَّفْسِ بآلَتِه[12] ، ويُتَوقَّى ما يُخْشَى منه الزِّيادةُ إلى مَحلٍّ لا يجوزُ استيفاؤُه ، ولأنَّنا مَنَعْنا / القِصاصَ بالكُلِّيَّةِ[13] فيما يُخْشَى الزِّيادةُ فى استيفائِه . فَلأَنْ نَمْنَعَ الآلَةَ التى يُخْشَى منها ذلك أَوْلَى . فإن كان الجُرْحُ مُوضِحةً أو ما أشْبَهها ، فبالمُوسَى أو حَدِيدةٍ ماضِيةٍ مُعَدَّةٍ لذلك ، ولا يَسْتَوْفِى ذلك إلَّا مَنْ له عِلْمٌ بذلك ، كالجَرائِحِى ومن أشْبَهَهُ ، فإن لم يكُنْ للوَلِىِّ عِلْمٌ بذلك ، أُمِرَ بالاسْتِنابةِ ، وإن كان له عِلْمٌ ، فقال القاضى : ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه يُمَكَّنُ منه ؛ لأنَّه أحَدُ نَوْعَىِ القِصاصِ ، فيُمَكَّنُ من اسْتِيفائِه إذا كان يُحْسِنُ ، كالقَتْلِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُمَكَّنَ من اسْتِيفائِه بنَفْسِه ، ولا يَلِيه إلَّا نائبُ الإمامِ ، أو من يَسْتَنِيبُه وَلِىُّ الجِنايَةِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ مع العَداوةِ وقَصْدِ التَّشفِّى [14]أن يَحِيفَ[14] فى الاسْتِيفاءِ بما لا يُمْكِنُ تَلافِيه ، وربَّما أفْضَى إلى النِّزاعِ والاخْتلافِ ، بأن يَدَّعِىَ الجانِى الزِّيادةَ ويُنْكِرَها المُسْتَوْفِى .

36/9 ظ

فصل : وإذا أراد الاسْتِيفاءَ من مُوضِحَةٍ وشِبْهِها ، فإن كان على مَوْضِعِها شَعَرٌ حَلَقَه ، ويَعمِدُ إلى مَوْضِعِ الشَّجَّةِ من رَأْسِ المَشْجُوجِ ، فيَعْلَمُ منه طُولَها بخَشَبةٍ أو خَيْطٍ ، ويَضَعُها على رأسِ الشَّاجِّ ، ويُعْلِمُ طَرَفَيْهِ بخَطٍّ بسَوادٍ أو غيرِه ، ويأخُذُ حَدِيدةً عَرْضُها كعَرْضِ الشَّجَّةِ ، فيَضَعُها فى أوَّلِ الشَّجَّةِ ، ويَجُرُّها إلى آخرِها ، ويأخذُ[15] مثل الشجةِ طُولًا وعَرْضًا ، ولا يُراعِى العُمْقَ ؛ لأنَّ حَدَّهُ العَظْمُ ، ولو رُوعِىَ العُمْقُ لَتعذَّرَ الاسْتِيفاءُ ؛ لأنَّ الناسَ يختلفونَ فى قِلَّةِ اللَّحْمِ وكَثْرَتِه ، وهذا كما يُسْتَوفَى فى الطَّرَفِ

---

(10) فى ب : « يستوف » .

(11) فى م : « ثمة » .

(12) فى م زيادة : « ويتوف » .

(13) فى ب : « للكلية » .

(14–14) فى م : « الحيف » .

(15) سقط من : م .

بمِثْلِه[١٦] وإن اخْتَلَفا فى الصِّغَرِ والكِبَرِ ، والدِّقَّةِ والغِلَظِ ، ويُراعِى الطُّولَ والعَرْضَ ؛ لأنَّه مُمْكِنٌ ، فإن كان رأسُ الشَّاجِّ والمَشْجُوجِ سواءً ، اسْتَوْفَى قَدْرَ الشَّجَّةِ ، وإن كان رأسُ الشاجِّ أصْغَرَ ، لكنَّه يتَّسِعُ للشَّجَّةِ ، اسْتُوفِيَتْ وإن[١٧] اسْتَوْعَبَ[١٨] رَأْسَ الشَّاجِّ كلَّه وهى فى[١٩] بعضِ رَأْسِ المَشْجُوجِ ؛ لأنَّه اسْتَوفاها بالمِسَاحةِ ، ولا يَمْنَعُ الاسْتِيفاءَ زِيادَتُها على مثلِ مَوْضِعِها من رأْسِ الجانِى ؛ لأنَّ الجميعَ رَأْسٌ[٢٠] . وإن كان قَدْرُ الشَّجَّةِ يَزِيدُ على رأسِ الجانِى ، فإنَّه يَسْتَوْفِى الشَّجَّةَ فى[٢١] جميعِ رأسِ الشَّاجِّ ، ولا يجوزُ أن يَنْزِلَ إلى جَبْهَتِه ؛ لأنَّه يَقْتَصُّ فى عُضْوٍ آخرَ غيرِ العُضْوِ الذى جَنَى عليه . وكذلك لا يَنْزِلُ إلى قَفَاه ؛ لما ذكرناه . ولا يَسْتَوْفِى بقِيَّةَ الشَّجَّةِ فى موضعٍ / آخَرَ من رأسِه ؛ لأنَّه يكونُ مُسْتَوْفِيًا لمُوضِحَتَيْنِ ، وواضعًا للحديدةِ فى غيرِ المَوْضعِ الذى وضَعَها فيه الجانِى . ٣٧/٩و

واخْتَلَفَ أصحابُنا فى ماذا يَصْنَعُ ؟ فذكَر[٢٢] القاضى أنَّ ظاهِرَ كلامِ أبى بكرٍ ، أنَّه لا أَرْشَ له فيما بَقِىَ ؛ كيلا يَجْتَمِعَ قِصاصٌ ودِيَةٌ فى جُرْحٍ واحدٍ . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . فعلى هذا يتَخَيَّرُ بينَ الاسْتيفاءِ فى جميعِ رأسِ الشَّاجِّ ولا أَرْشَ له ، وبين العَفْوِ إلى دِيَةِ مُوضِحَةٍ . وقال أبو عبدِ الله ابنُ حامدٍ ، وبعضُ أصحابِنا : له أَرْشُ ما بَقِىَ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ القِصاصُ فيما جَنَى عليه ، فكان له أَرْشُه ، كما لو تعَذَّرَ فى الجميعِ . فعلى هذا ، تُقَدَّرُ شَجَّةُ الجانِى من الشَّجَّةِ فى رأسِ المَجْنِى عليه ، ويَسْتَوْفِى أَرْشَ الباقِى ، فإن كانت بقَدْرِ ثُلُثِها[٢٣] فلَه ثلثُ أَرْشِ مُوضِحَةٍ ، وإن زادتْ أو نَقَصَتْ عن هذا فبالحِسابِ من أَرْشِ المُوضِحَةِ . ولا يجبُ له أَرْشُ مُوضِحةٍ كاملةٍ ؛ لئلَّا يُفْضِىَ إلى إيجابِ القِصاصِ ودِيَةِ مُوضِحةٍ فى مُوضِحةٍ واحدةٍ ، فإن أَوْضَحَه فى جميعِ رأسِه ، ورأسُ

---

(١٦) فى م : « مثله » .

(١٧) فى م : « إن » .

(١٨) فى م : « استوعب أن » .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) فى م : « رأسه » .

(٢١) فى م : « من » .

(٢٢) فى الأصل : « قد ذكر » .

(٢٣) فى الأصل : « ثلثيها » .

الجانِى أكبرُ ، فلِلْمَجْنِىِّ عليه أن يُوضِحَ منه بقَدْرِ مِساحةِ مُوضِحَتِه من أىِّ الطَّرَفينِ شاء ؛ لأنَّه جَنَى عليه فى ذلك المَوْضِعِ كلِّه ، وإذا اسْتَوْفَى قَدْرَ مُوضِحَتِه ، ثم تجاوَزَها ، واعْتَرفَ أنَّه عَمَدَ ذلك ، فعليه القِصاصُ فى ذلك القَدْرِ ، فإذا انْدَمَلَتْ مُوضِحَتُه ، اسْتُوفِىَ منه القِصاصُ فى مَوْضعِ الانْدِمالِ ؛ لأنَّه موضعُ الجنايةِ ، وإن ادَّعَى الخطأَ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه مُحتَمِلٌ ، وهو أعْلَمُ بقَصْدِه ، وعليه أرْشُ مُوضِحَةٍ . فإن قِيلَ : فهذه المُوضِحَةُ كلُّها لو كانت عُدْوانًا لم يَجِبْ فيها إلَّا دِيَةُ مُوضِحَةٍ ، فكيف يَجِبُ فى بعضِها دِيَةُ مُوضِحَةٍ ؟ قُلْنا : لأنَّ المُسْتَوْفَى ، لم يكُنْ جِنايةً ، إنَّما الجِنايةُ الزَّائدُ ، والزائدُ لو انْفَرَدَ لَكان مُوضِحةً ، فكذلك إذا كان معه ما ليس بجِنايةٍ ، بخِلافِ ما إذا كانتْ كلُّها عُدْوانًا ؛ فإنَّ الجميعَ جنايةٌ واحدةٌ .

فصل : وإذا أَوْضَحَه فى جميعِ رأسِه ، ورأسُ الجانِى أكبرُ ، فأَحَبَّ أن يَسْتَوْفِىَ القِصاصَ بعضَه من مُقَدَّمِ الرَّأسِ وبعضَه[24] من مُؤَخَّرِه ، احْتَمَلَ أن يُمْنَعَ منه ؛ لأنَّه يَأْخُذُ مُوضِحَتَيْنِ بواحدةٍ ، ودِيَتُهما مختلفةٌ ، واحْتَمَلَ الجوازَ ؛ / لأنَّه لا يُجاوِزُ مَوْضِعَ الجِنايةِ ولا قَدْرَها ، إلَّا أن يقولَ أهلُ الخِبْرةِ : إنَّ فى ذلك زِيادةَ ضَرَرٍ أو شَيْنٍ ، فلا يَفْعَلُ . ولأصْحابِ الشافعىِّ كهٰذَيْنِ . فإن كان رأسُ المَجْنِىِّ عليه أكبرَ ، فأَوْضَحَه الجانِى فى مُقَدَّمِه ومُؤَخَّرِه مُوضِحَتَيْنِ ، قَدْرُهما جميعُ رأسِ الجانِى ، فله الخِيارُ بين أن يُوضِحَه مُوضِحةً واحدةً فى جميعِ رأسِه ، أو يُوضِحَه مُوضِحَتَيْنِ ، يَقْتَصِرُ فى كلِّ واحدةٍ منهما على[25] قَدْرِ مُوضِحَتِه ، ولا أرْشَ لذلك ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّه تَرَكَ الاسْتِيفاءَ مع إمْكانِه . وإن عَفَا إلى الأرْشِ ، فله أرْشُ مُوضِحَتَيْنِ ، وإن شاء اقْتَصَّ من إحْدَاهما[26] ، وأخَذَ دِيَةَ الأُخْرَى .

٩/٣٧ظ

فصل : وإذا كانت الجِنايةُ فى غيرِ الرَّأْسِ والوَجْهِ ، فكانتْ فى ساعِدٍ ، فزادَتْ على ساعِدِ الجانِى ، لم يَنْزِلْ إلى الكَفِّ ، ولم يَصْعَدْ إلى العَضُدِ ، وإن كانتْ

---

(٢٤) فى ب ، م : « أو بعضه » .

(٢٥) فى الأصل : « عن » .

(٢٦) فى الأصل ، م : « أحدهما » .

فى السَّاقِ ، لم ينزلْ إلى القَدَمِ ، ولم يَصْعَدْ إلى الفَخِذِ ؛ لأنَّه عُضْوٌ آخَرُ ، فلا يَقْتَصُّ منه ، كما لم ينْزِلْ من الرأسِ إلى الوَجْهِ ، ولم يَصْعَدْ من الوَجْهِ إلى الرَّأْسِ .

فصل : وإذا شَجَّ فى مُقَدَّمِ رأسِه أو مُؤَخَّرِه عَرْضًا شَجَّةً لا يَتَّسِعُ لها مثلُ ذلك المَوْضِعِ من رأسِ الشَّاجِّ ، فأراد أن يَسْتَوْفِىَ من وَسَطِ الرأسِ ، فيما بين الأُذُنَيْنِ ، لكَوْنِه يَتّسِعُ لمثلِ تلك المُوضِحةِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه غيرُ المَوْضعِ الذى شَجَّه فيه[27] ، فلم يَجُزْ له الاسْتِيفاءُ منه ، كما لو أمْكَنَه اسْتِيفاءُ حقِّه من مَحَلِّ الشَّجَّةِ[28] . واحْتَمَلَ أن يجوزَ ؛ لأنَّ الرَّأْسَ عُضْوٌ واحدٌ ، فإذا لم يُمْكِنْه اسْتِيفاءُ حَقِّه من مَحَلِّ الشَّجَّةِ[29] ، جاز من غيرِه ، كما لو شَجَّه فى مُقَدَّمِ رأسِه شجةً قَدْرُها جَمِيعُ رأسِ الشاجِّ ، جازَ إتْمامُ اسْتيفائِها فى مُؤَخَّرِ رأسِ الجانِى . وهذا منصوصُ الشافعىِّ . وهكذا يُخَرَّجُ فيما إذا كان الجُرْحُ فى موضعٍ من السَّاقِ والقَدَمِ والذِّراعِ والعَضُدِ . وإن أمْكَنَ الاسْتِيفاءُ من مَحَلِّ الجنايةِ ، لم يَجُزِ العُدولُ عنه ، وَجْهًا واحدًا .

١٤٤٢ – مسألة ؛ قال : (**وَكَذٰلِكَ إذَا قَطَعَ مِنْهُ طَرَفًا مِنْ مَفْصِلٍ ، قَطَعَ مِنْهُ مِثْلَ ذٰلِكَ الْمَفْصِلِ ، إذَا كَانَ الْجَانِى يُقَادُ مِنَ المَجْنِىِّ عَلَيْهِ لَوْ / قَتَلَهُ**) ٣٨/٩و

أجْمَعَ أهلُ العِلْمِ على جَرَيانِ القِصاصِ فى الأطْرافِ ، وقد ثَبَتَ ذلك بقولِه تعالى : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[1] . وبخَبَرِ الرُّبَيِّعِ بنتِ النَّضرِ بن أنسٍ[2] ، ويُشْتَرَطُ لجَرَيانِ القِصاصِ فيها شُروطٌ خَمْسةٌ ؛ أحدُها ، أن يكونَ عَمْدًا ، على ما أسْلَفْناه . والثانى ، أن يكونَ المَجْنِىُّ

---

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) فى م : « شجته » .

(٢٩) فى الأصل ، م : « شجته » .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢) تقدم فى صفحة ٥٣١ .

عليه مُكافِئًا للجانى بحيثُ يُقادُ به لو قَتَلَه . والثالث ، أن يكونَ الطَّرَفُ مُساوِيًا[٣] للطَّرَفِ ، فلا يُؤْخذُ صَحِيحٌ بأشَلَّ ، ولا كامِلةُ الأصابعِ بناقِصَةٍ ، ولا أصْلِيةٌ بزائدةٍ ، ولا يُشْتَرطُ التَّساوِى فى الدِّقَةِ والغِلَظِ ، والصِّغَرِ والكِبَرِ ، والصِّحَّةِ والمَرَضِ ؛ لأنَّ اعتبارَ ذلك يُفضِى إلى سُقُوطِ القِصاصِ بالكُلِّيةِ . والرابع ، الاشْتِراكُ فى الاسْمِ الخاصِّ ، فلا تُؤْخذُ يَمِينٌ بيَسارٍ ، ولا يسارٌ بيمينٍ ، ولا إصْبَعٌ بمُخالفةٍ لها ، ولا جَفْنٌ أو شَفَةٌ إلَّا بمثلِها . والخامس ، إمْكانُ الاسْتِيفاءِ من غير حَيْفٍ ، وهو أن يكونَ القَطْعُ من مَفْصِلٍ ، فإن كان من غيرِ مَفْصِلٍ فلا قِصاصَ فيه من موضعِ القَطْعِ ، بغير خِلافٍ نَعْلَمُه . وقد رَوَى [٤]نِمْرَانُ ابن جَارِيَةَ[٤] ، عن أبيه ، أنَّ رَجُلًا ضَرَبَ رجلًا على ساعِدِه بالسَّيْفِ ، فقَطَعَها من غير مَفْصِلٍ ، فاسْتَعْدَى عليه النَّبِىَّ ﷺ ، فأمَرَ له بالدِّيَةِ ، فقال[٥] : إنِّى أُرِيدُ القِصاصَ . قال : « خُذِ الدِّيَةَ ، بارَكَ اللهُ لَكَ فِيهَا » . ولم يَقْضِ له بالقِصاصِ . رَوَاه ابنُ ماجه[٦] .

فصل : وفى قَطْعِ اليَدِ ثمانِ مسائلَ ؛ أحدها ، قَطع الأصابع من مَفاصِلِها ، فالقِصاصُ واجبٌ ؛ لأنَّ لها مَفاصِلَ ، ويُمْكِنُ القِصاصُ من غير حَيْفٍ ، وإن اخْتار الدِّيةَ فله نِصْفُها ؛ لأنَّ فى كلِّ إصْبَعٍ عُشْرَ الدِّيةِ . الثانية ، قَطعها من نِصْفِ الكَفِّ ، فليس له القِصاصُ من موضعِ القَطْعِ ؛ لأنَّه ليس بمَفْصِلٍ ، فلا يُؤْمَنُ الحَيْفُ فيه . وإن أراد قَطْعَ الأصابعِ ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك . وهذا اخْتيارُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه يَقْتَصُّ من غيرِ مَوْضعِ الجنايةِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان القَطْعُ من الكُوعِ ، يُحَقِّقُه أنَّ امْتِناعَ قَطْعِ الأصابعِ / إذا قَطَعَ من الكُوعِ ، إنَّما كان لعَدَمِ المُقْتَضِى ، أو وُجودِ مانِعٍ ، وأيُّهما كان فهو مُتَحَقِّقٌ إذا كان القَطْعُ من نِصْفِ الكَفِّ . والثانى ، له قَطْعُ الأصابعِ . ذكَره أصحابُنا . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه يأخُذُ دون حَقِّه لعَجْزِه عن

٣٨/٩ ظ

---

(٣) فى ب ، م : « متساويا » .

(٤ - ٤) فى الأصل، ب: « نمران بن جابر » . وفى م : « نمر بن جابر » . والتصحيح من السنن.

(٥) فى م : « قال » .

(٦) فى : باب ما لا قود فيه ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٠/٢ .

اسْتِيفاءِ حَقِّه ، فأشْبَهَ ما لو شَجَّه هاشِمةً ، فاسْتَوْفَى مُوضِحةً . ويفارِقُ ما إذا قَطَعَ من الكُوعِ ؛ لأنَّه أمْكَنَه اسْتِيفاءُ حَقِّه ، فلم يَجُزْ له العدولُ إلى غيرِه . وهل له حكُومةٌ فى نِصْفِ الكَفِّ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك ؛ لأنَّه يَجْمَعُ بين القِصاصِ والأرْشِ فى عُضْوٍ واحِدٍ ، فلم يَجُزْ ، كما لو قَطَعَ من الكُوعِ . والثانى ، له أرْشُ نِصْفِ الكَفِّ ؛ لأنَّه حَقٌّ له تعَذَّرَ اسْتِيفاؤُه ، فوَجَبَ أرْشُه ، كسائرِ ما هذا حالُه . وإن اختارَ الدِّيَةَ ، فله نِصْفُها ، لأنَّ قَطْعَ اليَدِ من الكُوعِ لا يُوجِبُ أكثرَ من نِصْفِ الدِّيَةِ ، فما دُونَه أَوْلَى . الثالثة ، قَطع من الكُوعِ ، فله قَطْعُ يَدِه من[7] الكُوعِ ، لأنَّه[8] مَفْصِلٌ ، وليس له قَطْعُ الأصابعِ ؛ لأنَّه غيرُ مَحَلِّ الجنايةِ[9] ، فلا يَسْتَوْفِى منه مع إمْكانِ الاسْتِيفاءِ من مَحَلِّها . الرابعة ، قَطع من نِصْفِ الذِّراعِ ، فليس له أن يَقْطَعَ من ذلك الموضعِ ؛ لأنَّه ليس بمَفْصِلٍ ، وقد ذكرنا الخبرَ الوارِدَ فيه ، وله نِصْفُ الدِّيَةِ ، وحُكومةٌ فى المَقْطُوعِ من الذِّراعِ . وهل له أن يَقْطَعَ من الكُوعِ ؟ فيه وَجْهان ، كما ذكَرْنا فى مَن قَطَعَ مِن نِصْفِ الكَفِّ . ومن جَوَّزَ له القَطْعَ من الكُوعِ ، فعندَه فى وُجُوبِ الحكومةِ لِما قُطِعَ من الذِّراعِ وَجْهان . ويُخَرَّج أيضا فى جَوازِ[10] قَطْعِ الأصابعِ وَجْهانِ . فإن قَطَعَ منها ، لم يكُنْ له حكومةٌ فى الكَفِّ ؛ لأنَّه أمْكَنَه أخْذُه قِصاصًا ، فلم يكُنْ له طَلَبُ أرْشِه ، كما لو كانت الجِنايةُ من الكُوعِ . الخامسة ، قَطع من المَرْفِقِ ، فله القِصاصُ منه ؛ لأنَّه مَفْصِلٌ ، وليس له القَطْعُ من الكُوعِ ؛ لأنَّه أمْكَنَه اسْتِيفاءُ حَقِّه بكمالِه ، والاقْتِصاصُ من مَحَلِّ الجِنايةِ عليه ، فلم يَجُزْ له العُدُولُ إلى غيرِه . وإن عَفَا إلى الدِّيَةِ ، فله دِيَةُ اليَدِ ، وحكومةٌ للسَّاعِدِ . السادسة ، قَطعها من العَضُدِ ، فلا قِصاصَ فيها ، فى أحدِ الوَجْهين ، / وله دِيَةُ اليَدِ ، وحُكومةٌ للسَّاعِدِ وبعضِ العَضُدِ . والثانى ، له القِصاصُ من المَرْفِقِ . وهل له حُكومةٌ فى الزَّائِدِ ؟ على وَجْهين . وهل له القَطْعُ من الكُوعِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهيـنِ .

٣٩/٩و

(٧) سقط من : م .

(٨) فى الأصل : « لأن له » .

(٩) فى ب : « للجناية » .

(١٠) سقط من : ب .

السابعة ، قَطع من المَنْكِبِ ، فالواجبُ القِصاصُ ؛ لأنَّه مَفْصِلٌ ، وإن اختارَ الدِّيَةَ ، فله دِيَةُ اليَدِ ، وحُكومةٌ لما زادَ . الثامنة ، خَلع عَظْم المَنْكِبِ ، ويقال له : مِشْطُ الكَتِفِ[11] ، فيَرجِعُ فيه إلى اثْنَيْنِ من ثِقَاتِ أهْلِ الخبرةِ ، فإن قالوا : يُمْكِنُ الاسْتِيفاءُ من غيرِ أن تَصِيرَ جائِفةً[12] . استَوْفَى ، وإلَّا صار الأَمْرُ إلى الدِّيَةِ . وفى جواز الاسْتِيفاءِ من المَرْفِقِ أو ما دُونَه مثلُ ما ذَكَرْنا فى نظائِرِه . ومثلُ هذه المسائل فى الرِّجْلِ ، فالسَّاقُ[13] كالذِّرَاعِ ، والفَخِذُ كالعَضُدِ ، والوَرِكُ كعَظْمِ الكَتِفِ ، والقَدَمُ كالكَفِّ .

١٤٤٣ – مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ فِي المَأْمُومَةِ ، وَلَا فِي الْجائِفَةِ قِصَاصٌ)

المَأْمُومةُ : شِجَاجُ الرأسِ ، وهى التى تَصِلُ إلى جِلْدَةِ الدِّمَاغِ ، وتُسَمَّى تلك الْجِلدةُ أُمَّ الدِّماغِ ؛ لأنَّها تَجْمَعُه ، فالشَّجَّةُ الواصِلةُ إليها تُسَمَّى مَأْمُومةً وآمَّةً ، لوُصُولِها إلى أُمِّ الدِّمَاغِ[1] . والجائِفةُ فى البَدَنِ ، وهى التى تَصِلُ إلى الجَوْفِ . وليس فيهما[2] قِصاصٌ عندَ أحدٍ من أهلِ العلمِ نَعْلَمُه ، إلَّا ما رُوِىَ عن ابنِ الزُّبَيْرِ أنه قَصَّ[3] من المَأْمُومةِ ، فأنْكَرَ الناسُ عليه ، وقالوا : ما سَمِعْنا أحدًا قَصَّ[4] منها قبلَ ابنِ الزُّبَيْرِ[5] . وممَّن لم يَرَ فى ذلك قِصاصًا مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لا قِصاصَ فى المَأْمومةِ[6] . وقالَه مَكْحُولٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والشَّعْبِىُّ . وقال عَطاءٌ ،

---

(١١) فى م : « الكف » . خطأ .
(١٢) سقط من : الأصل .
(١٣) فى م : « والساق » .
(١) فى ب زيادة : « لأنها تجمعه كالشجة الواصلة » . وهو تكرار لما سبق .
(٢) فى ب ، م : « فيها » .
(٣) فى ب : « اقتص » .
(٤) فى الأصل : « أقص » .
(٥) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب مالا يستقاد ، من كتاب العقول . المصنف ٤٥٩/٩ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة ، من كتاب الديات . المصنف ٢٥٧/٩ .
(٦) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة ، من كتاب الديات . المصنف ٢٥٥/٩ .

والنَّخَعِيُّ : لا قِصاصَ فى الجائفةِ . ورَوَى بْن ماجَه، فى «سُنَنِه»[٧]، عن العباسِ بن عبدِ المُطَّلِبِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا قَوَدَ فِى الْمَأْمُومَةِ ، وَلَا فِى الْجَائِفَةِ ، ولا فى المُنَقِّلَةِ[٨] » . ولأنَّهما جُرْحانِ لا تُؤْمَنُ الزِّيادةُ فيهما ، فلم يَجِبْ فيهما[٩] قِصاصٌ ، ككَسْرِ العِظَامِ .

فصل : وليس فى شيءٍ من شِجَاجِ الرَّأْسِ قِصاصٌ سِوَى المُوضِحةِ ، سواءٌ[١٠] فى ذلك ما دون المُوضِحَةِ، كالحارِصَةِ، والبَازِلَةِ، والباضِعَةِ، والمُتَلاحِمَةِ، والسِّمْحاقِ، وما فَوْقَها ، وهى الهاشِمةُ والمُنَقِّلَةُ والآمَّةُ[١١] . / وبهذا قال الشافعىُّ . فأمَّا ما فوقَ المُوضِحَةِ ، فلا نَعْلَمُ أحدًا أَوْجَبَ فيها القِصاصَ ، إلَّا ما رُوِىَ عن ابن الزُّبَيْرِ ، أنَّه أقادَ من المُنَقِّلَةِ ، وليس بثابتٍ عنه . وممَّن قال به ؛ عَطاءٌ ، وقَتادةُ ، وابْنُ شُبْرُمَةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . قال ابنُ المنذرِ : لا أعلمُ أحدًا خالَفَ ذلك . ولأنَّهما جِراحَتَانِ لا تُؤْمَنُ الزِّيادةُ فيهما ، أشْبَها المَأْمُومةَ والجائِفَةَ . وأمَّا ما دُونَ المُوضِحَةِ ، فقد رُوِىَ عن مالكٍ وأصْحابِ الرَّأْىِ ، أنَّ القِصاصَ يَجِبُ فى الدَّامِيَةِ والباضِعَةِ والسِّمْحاقِ . ولَنا ، أنَّها جِراحةٌ لا تَنْتَهِى إلى عَظْمٍ ، فلم يَجِبْ فيها قِصاصٌ ، كالمَأْمُومةِ ، ولأنَّه لا يُؤْمَنُ فيها الزِّيادةُ ، فأشْبَهَ كَسْرَ العِظامِ ، وبيانُ ذلك ، أنَّه إن اقْتَصَّ من غيرِ تَقْدِيرٍ ، أفْضَى إلى أن يَأْخُذَ أكْثَرَ من حَقِّه ، وإن اعْتَبَرَ مِقْدارَ العُمْقِ ، أفْضَى إلى أن يَقْتَصَّ من الباضِعَةِ والسِّمْحاقِ مُوضِحةً ، ومن الباضِعَةِ سِمْحاقًا ؛ لأنَّه قد يكون لَحْمُ المَشْجُوجِ كثيرًا ، بحيثُ يكونُ عُمْقُ باضِعَتِه [١٢]كعُمْقِ مُوضحَةِ الشَّاجِّ[١٢] ، أو سِمْحاقِه ، ولأنَّنا لم نُعتبِرْ فى المُوضِحَةِ قَدْرَ عُمْقِها ، فكذلك فى غيرِها . وبهذا قال الحَسَنُ ، وأبو عُبَيْدٍ .

---

(٧) فى : باب ما لا قود فيه ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢ /٨٨١ .

(٨) فى م : « المنقتلة » .

(٩) فى م : « فيها » .

(١٠) فى م : « وسواء » .

(١١) يأتى تعريف ذلك كله فى باب ديات الجراح .

(١٢ - ١٢) فى الأصل ، ا ، ب : « كعمق موضحة كموضحة الشاج » . وفى م : « كموضحة الشاج » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

فصل : وإن كانت الشَّجَّةُ فوقَ المُوضِحَةِ ، فأَحَبَّ أن يَقْتَصَّ مُوضِحةً ، جاز ذلك[13] بغيرِ خلافٍ بين أصْحابِنا . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه يقْتَصِرُ[14] على بعض حَقِّه[15] ، ويَقْتَصُّ من مَحَلِّ جنايَتِه ، فإنَّه إنَّما يَضَعُ السِّكِّينَ فى مَوْضِعٍ وضَعَها الجانِى ؛ لأنَّ سِكِّينَ الجانِى وصَلَتْ إلى العَظْمِ ، ثم تجاوَزَتْه ، بخلافِ قاطِعِ السَّاعِدِ ، فإنَّه لم يَضَعْ سِكِّينَه فى الكُوعِ . وهل له أرْشُ ما زاد على المُوضِحَةِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك . وهو اختيارُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه جُرْحٌ واحدٌ ، فلا يُجْمَعُ فيه بين قِصاصٍ ودِيَةٍ ، كما لو قَطَعَ الشَّلَّاءَ بالصَّحِيحةِ ، وكما فى الأنْفُسِ إذا قُتِلَ الكافِرُ بالمُسْلِمِ ، والعَبْدُ بالحُرِّ . والثانى ، له أرْشُ ما زاد على المُوضِحةِ ، اختارَه ابنُ حامِدٍ ، وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه تعذَّرَ القِصاصُ فيه ، فانْتَقَلَ إلى البَدَلِ ، كما لو قَطَعَ إصْبَعَيْه ولم يُمْكِنِ الاسْتِيفاءُ إلَّا من واحدةٍ . وفارَقَ الشَّلَّاءَ بالصَّحِيحةِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ ثَمَّ من حيثُ المعنى ، وليست / مُتَميِّزةً ، بخلافِ مسألَتِنا .

9/40و

١٤٤٤ – مسألة ؛ قال : (وتُقْطَعُ الأُذُنُ بالأُذُنِ)

أجمعَ أهلُ العلمِ على أنَّ الأُذُنَ تُؤْخَذُ بالأُذُنِ ، وذلك لقولِ الله تعالى : ﴿ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ ﴾[1] . ولأنَّها تَنْتَهِى إلى حَدٍّ فاصِلٍ ، فأشْبَهَتِ اليَدَ . وتُؤْخَذُ الكَبيرةُ بالصَّغيرةِ ، وتُؤْخَذُ أُذُنُ السَّمِيعِ بأُذُنِ السَّمِيعِ [2]وأُذُنِ الأصَمِّ[2] ، وتؤخذُ أذنُ الأَصَمِّ بكلِّ واحدةٍ منهما ؛ لتَساوِيهما ، فإنَّ ذهابَ السَّمْعِ نَقْصٌ فى الرَّأْسِ ، لأنَّه مَحَلُّه ، وليس بنَقْصٍ فيهما . وتُؤْخَذُ الصَّحِيحةُ بالمَثْقُوبةِ ؛ لأنَّ الثَّقْبَ ليس بعَيْبٍ ، وإنَّما يُفْعَلُ فى العادةِ للقُرْطِ والتَّزَيُّنِ به ، فإن كان الثَّقْبُ فى غيرِ مَحَلِّه ، أو كانت مَخْرُومةً ، أُخِذَتْ

---

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) فى ب : « مقتصر » . وفى م : « يقتص » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢-٢) سقط من : م .

بالصَّحيحةِ ، ولم تُؤْخذ الصَّحيحةُ بها ؛ لأنَّ الثُّقْبَ إذا انْخَرَم صار نَقْصًا فيها ، والثَّقْبُ فى غير محلِّه عَيْبٌ ، ويُخيَّرُ المَجْنِىُّ عليه بين أخْذِ الدِّيَةِ إلَّا قَدْرَ النَّقْصِ ، وبينَ أن يَقْتَصَّ فيما سِوَى المَعِيبِ ويَتْرُكَه من أُذُنِ الجانِى . وفى وُجُوبِ الحكومةِ له فى قَدْرِ النَّقْصِ[3] وَجْهان . وإن قُطِعَتْ بعضُ أُذُنِه ، فله أن يَقْتَصَّ من أُذُنِ الجانِى [4]بقَدْرِ ما قُطِعَ مِن أُذُنِه[4]، ويُقَدَّرُ[5] ذلك بالأجْزاءِ ، فيُؤْخَذُ النِّصْفُ بالنِّصْفِ ، والثلثُ بالثلثِ ، وعلى حِسابِ ذلك . وقال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ : لا يُجْزِئُ القِصاصُ فى البَعْضِ ؛ لأنَّه لا يَنْتَهِى إلى حَدٍّ . ولَنا ، أنَّه يُمْكِنُ تَقْدِيرُ المَقْطُوعِ ، وليس فيها كَسْرُ عَظْمٍ ، فجَرَى القِصاصُ فى بعضِها[6] ، كالذكرِ ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذكروهُ[7] .

فصل: وتُؤْخَذُ الأُذُنُ المُسْتَحْشِفَةُ[8] بالصَّحِيحةِ . وهل تُؤْخَذُ الصَّحِيحةُ بها؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما، لا تُؤْخَذُ بها ؛ لأنَّها ناقِصةٌ مَعِيبةٌ ، فلم تُؤْخَذْ بها الصَّحِيحةُ ، كاليَدِ الشَّلَّاءِ وسائرِ الأعْضاءِ. والثانى، تُؤْخَذُ بها؛ لأنَّ المقْصودَ منها[9] جَمْعُ الصَّوْتِ، وحِفْظُ مَحَلِّ السَّمْعِ، والجمالُ ، وهذا يَحْصُلُ بها كحُصُولِه بالصَّحِيحةِ ، بخلافِ سائرِ الأعْضاءِ .

فصل : وإن قَطَعَ أُذُنَه فأبَانَها ، فألْصَقَها صاحِبُها فالْتَصَقَتْ وثَبَتَتْ ، فقال القاضى : يَجِبُ القِصاصُ . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّه وَجَبَ بالإبانةِ ، وقد وُجِدَتِ الإبانةُ . وقال أبو بكر : لا قِصاصَ فيها . وهو قولُ / مالكٍ ؛ لأنَّها لم تَبِنْ على الدَّوامِ ، فلم يَسْتَحِقَّ إبانةَ أُذُنِ الجانِى دَوامًا . وإن سَقَطَتْ بعدَ ذلك قريبًا أو بعيدًا، فله القِصاصُ، ويَرُدُّ ما أخَذَ. وعلى قولِ أبى بكرٍ ، إذا لم تَسْقُطْ: له دِيَةُ

٩/٤٠ظ

(٣) فى م : « الثقب » .
(٤ - ٤) سقط من : م .
(٥) فى م : « وتقدير » .
(٦) فى الأصل : « بعض » .
(٧) فى الأصل ، م : « ذكره » .
(٨) استحشفت الأذن : يبست وتقلصت .
(٩) سقط من : الأصل .

الأُذُنِ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْيِ . وكذلك قولُ الأوَّلِين إذا اخْتارَ الدِّيَةَ . وقال مالكٌ : لا عَقْلَ لها إذا عادَتْ مَكانَها ، فأمَّا إن قَطَعَ بعضَ أُذُنِه فالْتَصَقَ ، فله أَرْشُ الجُرْحِ ، ولا قِصاصَ فيه . وإن قَطَعَ أُذُنَ إنسانٍ ، فاسْتَوْفَى منه ، فألْصَقَ الجانِى أُذُنَه فالْتَصَقَتْ ، وطَلَبَ المَجْنِيُّ عليه إبانَتَها ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأَنَّ الإِبانةَ قد حَصَلَتْ ، والقِصاصُ قد اسْتُوفِيَ ، فلم يَبْقَ له قِبَلَه حَقٌّ . فأمَّا إن كان المَجْنِيُّ عليه لم يَقْطَعْ جَمِيعَ الأُذُنِ ، إنَّما قَطَعَ بعضَها فالْتَصَقَ ، كان للمَجْنِيِّ عليه قَطْعُ جَمِيعِها ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ إبانةَ جَمِيعِها ، ولم يكُنْ[10] إبانةٌ . والحكمُ فى السِّنِّ كالحُكْمِ فى الأُذُنِ .

فصل : ومَنْ أَلْصَقَ أُذُنَه بعدَ إبانَتِها ، أو سِنَّهُ ، فهل تَلْزَمُه إبانَتُها ؟ فيه وَجْهان ، مَبْنِيَّانِ على الرِّوايتَيْنِ ، فيما بانَ من الآدَمِيِّ ، هل هو نَجِسٌ أو طاهِرٌ ؟ إن قُلْنا : هو نَجِسٌ . لَزِمَتْه إزالَتُها ، [11] ما لم يَخَفِ الضَّرَرَ بإزالَتِها ، كما لو جَبَرَ عَظْمَه بعَظْمٍ نَجِسٍ . وإن قُلْنا بطَهارَتِها . لم تَلْزَمْه إزالَتُها[11] . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ عَطاءِ بن أبى رباحٍ ، وعَطاءٍ الخُراسانيِّ ، وهو الصحيحُ ؛ لأنَّه جُزْءُ آدَمِيٍّ طاهِرٍ فى حياتِه ومَوْتِه ، فكان طاهِرًا كحالةِ اتِّصالِه ، فأمَّا إن قَطَعَ بعضَ أُذُنِه فالْتَصَقَتْ[12] ، لم تَلْزَمْه إبانَتُها ؛ لأنَّها طاهِرَةٌ على الرِّوايتَيْن جميعًا ، لأنَّها لم تَصِرْ مَيْتَةً ، لعَدَمِ إبانتِها . ولا قِصاصَ فيها . قالَه القاضى . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ المُماثَلةُ فى المَقْطُوعِ منها .

١٤٤٥ – مسألة ؛ قال : (**وَالأَنْفُ بِالأَنْفِ**)

وأَجْمَعُوا على جَرَيانِ القِصَاصِ فى الأَنْفِ أيضًا ؛ للآيةِ والمَعْنَى . ويُؤْخَذُ الكبيرُ بالصَّغيرِ ، والأَقْنَى[1] بالأَفْطَسِ ، وأَنْفُ الأَشَمِّ بأَنْفِ الأَخْشَمِ الذى لا يَشُمُّ ؛ لأَنَّ ذلك لِعِلَّةٍ فى الدِّمَاغِ والأَنْفُ صَحِيحٌ . كما تُؤْخَذُ أُذُنُ السَّمِيعِ بأُذُنِ الأَصَمِّ . وإن كان

---

(١٠) فى ب زيادة : « له » .

(١١ – ١١) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٢) فى م : « فالتصق » .

(١) القنا فى الأنف : ارتفاع أعلاه واحديداب وسطه وسبوغ طرفه أو نتوء وسط القصبة وضيق المنخرين .

بأنْفِه جُذَامٌ ، أخِذَ به الأنْفُ الصَّحِيحُ ، ما لم يَسْقُطْ منه شىءٌ ؛ لأنَّ ذلك مَرَضٌ ، فإن سَقَطَ منه شىءٌ ، لم يَقْطَعْ به الصَّحِيحَ ، / إلَّا أن يكونَ من أحدِ جانِبَيْه . فيُؤْخَذ من الصحيحِ مثلَ ما بَقِىَ منه ، أو يَأْخُذ أرْشَ ذلك . والذى يَجِبُ فيه القِصاصُ أو الدِّيةُ هو المارِنُ ، وهو مالَانَ منه ، دُونَ قَصَبةِ الأنْفِ ؛ لأنَّ ذلك حَدٌّ يَنْتَهِى إليه ، فهو كاليَدِ ، يَجِبُ القِصاصُ فيما انْتَهَى إلى الكُوعِ . وإن قَطَعَ الأنْفَ كلَّه مع القَصَبةِ ، فعليه القِصاصُ فى المارِنِ ، وحُكومةٌ للقَصَبةِ . هذا قولُ ابن حامدٍ ، ومذهبُ الشافعىِّ . وفيه وجهٌ آخرُ ، أنَّه لا يَجِبُ مع القِصاصِ حكومةٌ ؛ كَيْلا يَجْتَمِعَ[2] فى عُضْوٍ واحدٍ[3] قِصاصٌ ودِيَةٌ . وقياسُ قولِ أبى بكرٍ ، أنَّه لا يجبُ القِصاصُ هٰهُنا ؛ لأنَّه يَضَعُ الحَدِيدَةَ فى غير الموضعِ الذى وَضَعَها الجانِى فيه ، فلم يَمْلِكْ ذلك ، كقولِه فى مَن قَطَعَ اليَدَ من نِصْفِ الذراعِ أو الكَفِّ . وذكر القاضى هٰهُنا كقولِ أبى بكرٍ ، وفى نظائِرِه مثلَ قولِ ابنِ حامدٍ ، ولا يَصِحُّ التَّفْريقُ مع التَّساوِى . وإن قَطَعَ بعضَ الأنْفِ ، قُدِّرَ بالأجْزاءِ ، وأُخِذَ منه بقَدْرِ ذلك ، كقَوْلنا فى الأُذُنِ ، ولا يُؤْخَذُ بالمساحةِ ، لئلَّا يُفْضِىَ إلى قَطْعِ جَمِيعِ أنْفِ الجانِى لصِغَرِه ببعضِ أنْفِ المَجْنِىّ عليه لكِبَرِه ، ويُؤْخَذُ المَنْخِرُ الأيْمَنُ بالأيْمَنِ ، والأيْسَرُ بالأيْسَرِ ، ولا يُؤْخَذُ أيْمَنُ بأيْسَرَ ، ولا أيْسَرُ بأيْمَنَ ، ويُؤْخَذُ الحاجِزُ بالحاجِزِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ القِصاصُ فيه ، لِانْتهائِه إلى حَدٍّ .

٩/٤١ و

١٤٤٦ – مسألة ؛ قال : (**والذَّكَرُ بالذَّكَرِ**)

لا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خلافًا فى أن القِصاصَ يَجْرِى فى الذَّكَرِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[1] . ولأنَّ له حَدًّا يَنْتَهِى إليه ، ويُمْكِنُ القِصاصُ فيه من غيرِ حَيْفٍ ، فوَجَبَ فيه القِصاصُ ، كالأنْفِ . ويَسْتَوِى فى ذلك ذَكَرُ الصغيرِ والكبيرِ ،

---

(٢) فى الأصل ، ب : « يجمع » .

(٣) فى ب زيادة : « بين » .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

والشيخِ والشابِّ ، والذَّكَرُ الكبيرُ والصغيرُ ، والصحيحُ والمريضُ ؛ لأنَّ ما وَجَبَ فيه القِصاصُ من الأطْرافِ لم يَخْتَلِفْ بهذه المعانى ، كذلك الذكرُ . ويُؤْخَذُ كلُّ واحِدٍ من المَخْتُونِ والأَغْلَفِ بصاحِبِه ؛ لأنَّ الغُلْفَةَ زِيادةٌ تَسْتَحِقُّ إزالَتَها ، فهى كالمَعْدُومةِ . وأمَّا ذكرُ الخَصِىِّ والعِنِّينِ ، فذَكَرَ الشَّرِيفُ أنَّ غيرَهما لا يُؤْخَذُ بهما . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّه لا مَنْفَعةَ فيهما ، لأنَّ العِنِّينَ لا يَطَأُ ولا يُنْزِلُ ، والخَصِىُّ لا يُولَدُ له ولا يُنْزِلُ ، ولا يَكادُ / يَقْدِرُ على الوَطْءِ ، فهما كالأشَلِّ ، ولأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما ناقِصٌ ، فلا يُؤْخَذُ به الكامِلُ ، كاليَدِ الناقصةِ بالكاملةِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يُؤْخَذُ غيرُهما بهما ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّهما عُضْوانِ صحيحانِ ، يَنْقَبِضان[2] ويَنْبَسِطَانِ ، فيُؤْخَذُ بهما غيرُهما ، كذَكَرِ الفَحْلِ غيرِ العِنِّينِ ، وإنَّما عَدَمُ الإنْزالِ لذَهابِ الخُصْيَةِ ، والعُنَّةُ لعِلَّةٍ فى الظَّهْرِ ، فلم يَمْنَعْ ذلك[3] من القِصاصِ بهما ، كأُذُنِ الأصَمِّ وأنْفِ الأخْشَمِ . وقال القاضى : لا يُؤْخَذُ ذكَرُ الفَحْلِ بالخَصِىِّ ؛ لتَحَقُّقِ نَقْصِه ، والإِيَاسِ من بُرْئِه . وفى أَخْذِه بذَكَرِ العِنِّينِ وَجْهان ؛ أحدهما ، يُؤْخَذُ به غيرُه ؛ لأنَّه غيرُ مَأْيُوسٍ من زَوالِ عُنَّتِه ، ولذلك يُؤَجَّلُ سَنَةً ، بخِلافِ الخَصِىِّ[4] . والصحيحُ الأوَّلُ ؛ [5]فإنَّه إذا[5] تَرَدَّدَتِ الحالُ بين كَوْنِه مُساوِيًا للآخَرِ وعَدَمِه ، لم يَجِبِ القِصاصُ ، لأنَّ الأصْلَ عَدَمُه ، فلا يجِبُ بالشَّكِّ ، سِيَّما وقد حَكَمْنا بانْتِفاءِ التَّساوِى ، لقِيامِ الدليلِ على عُنَّتِه ، وثُبُوتِ عَيْبِه . ويُؤْخَذُ كلُّ واحِدٍ من الخَصِىِّ والعِنِّينِ بمثلِه ؛ لتَساوِيهما ، كما يُؤْخَذُ العَبْدُ بالعبدِ ، والذِّمِّىُّ بالذِّمِّىِّ .

فصل : ويُؤْخَذُ بعضُه ببَعْضِه[6] ، ويُعْتَبَرُ ذلك بالأجْزاءِ دُونَ المِساحةِ ، فيُؤْخَذُ

---

(٢) فى م : « ينقضان » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى الأصل ، ب : « الخصا » .

(٥ - ٥) فى م : « فإذا » .

(٦) فى ب : « ببعض » .

٩/٤١ ظ

النِّصْفُ بالنِّصْفِ ، والرُّبعُ بالرُّبعِ ، وما زاد أو نَقَصَ فبحسابِ[7] ذلك ، على ما ذكَرْناه فى الأنْفِ والأُذُنِ .

١٤٤٧ – مسألة ؛ قال : (**والْأُنْثَيانِ بِالْأُنْثَيَيْنِ**)

ويَجرِى القِصاصُ فى الأُنْثَيَيْنِ ؛ لما ذكَرْنا من النَّصِّ والمعنى . ولا[1] نعلمُ فيه خلافًا ، فإن قَطَعَ إحداهُما ، وقال أهلُ الخِبْرةِ ، إنَّه مُمْكِنٌ أخْذُها مع سلامةِ الأُخْرَى . جاز . فإن قالوا : لا يُؤْمَنُ تَلَفُ الأُخْرَى . لم تُؤْخَذْ خَشْيةَ الحَيْفِ ، ويكون فيها نِصْفُ الدِّيَةِ . وإن أُمِنَ تَلَفُ الأُخْرَى ، أُخِذَتِ اليُمْنَى باليُمْنَى ، واليُسْرَى باليُسْرَى ؛ لما ذكَرْناه فى غيرِهما .

فصل : وفى القِصاصِ فى شَفْرَىِ المرأةِ وَجْهان ؛ أحدهما[2] ، لا قِصاصَ فيهما ؛ لأنَّه لَحْمٌ لا مَفْصِلَ له يَنْتَهِى إليه ، فلم يَجِبْ فيه قِصاصٌ ، كلَحْمِ الفَخِذَيْنِ . هذا قولُ القاضى . والثانى ، فيهما / القِصاصُ ؛ لأنَّ انْتهاءَهُما معروفٌ ، فأشْبَهَا الشَّفَتَيْنِ وجَفْنَىِ العَيْنَيْن[3] . وهذا قولُ أبى الخَطَّابِ . ولأصحابِ الشافعىِّ وَجْهان ، كهٰذَيْن . ٤٢/٩ و

فصل : إن قَطَعَ ذكَرَ خُنْثَى مُشْكِلٍ ، أو أُنْثَيَيْه ، أو شَفْرَيْه ، فاختارَ القِصاصَ ، لم يكُنْ له قِصاصٌ فى الحالِ ، ويَقِفُ الأمرُ حتى يتَبَيَّنَ حالُه ؛ لأنَّنا لا نعلمُ أنَّ المَقْطُوعَ عُضْوٌ أصْلِىٌّ . وإن اختارَ الدِّيَةَ ، وكان يُرْجَى انْكِشافُ حالِه ، أعْطَيْناه اليَقِينَ ، فيكونُ له حكومةٌ فى المَقْطُوعِ . وإن كان قد قَطَعَ جَمِيعَها ، فله دِيَةُ امرأةٍ فى الشَّفْرَيْنِ ، وحُكومةٌ فى الذَّكَرِ والأُنْثَيينِ . وإن يُئِسَ من انْكشافِ حالِه ، أُعْطِىَ نِصْفَ دِيَةِ الذَّكَرِ والأُنْثَيَيْنِ ، ونِصْفَ دِيَةِ الشَّفْرَيْنِ ، وحُكومةً فى نِصْفِ ذلك كلِّه .

---

(٧) فى م : « فبحسب » .

(١) سقطت الواو من : م .

(٢) فى م : « وأحدهما » .

(٣) فى م : « العين » .

فصل : يجبُ القِصاصُ فى الألْيَتَيْنِ الناتِئَتَيْنِ بينَ الفَخِذَيْنِ والظَّهْرِ بجانِبَي الدُّبُرِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعيِّ . وقال المُزَنِيُّ : لا قِصاصَ فيهما ؛ لأنَّهما لَحْمٌ مُتَّصِلٌ بلَحْمٍ ، فأشْبَهَ لحمَ الفَخِذِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[4] . ولأنَّ لهما حَدًّا ينْتَهِيان إليه ، فَجَرَى القصاصُ فيهما ، كالذَّكَرِ والأُنْثَيَيْنِ .

١٤٤٨ – مسألة ؛ قال : (**وتُقْلَعُ العَيْنُ بالْعَيْنِ**)

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على القِصاصِ فى العَيْنِ ، وممَّن بَلَغَنا قولُه فى ذلك مَسْرُوقٌ ، والحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . ورُوِىَ عن عليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . والأصلُ فيه قولُ الله تعالى : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾[1] . ولأنَّها تَنْتَهِى إلى مَفْصِلٍ ، فَجَرَى القِصاصُ فيها كاليَدِ. وتُؤْخَذُ عينُ الشابِّ بعَيْنِ الشَّيْخِ[2] المريضةِ ، وعينُ الكبيرِ بعَيْنِ الصَّغيرِ والأَعْمَشِ ، ولا تُؤْخَذُ صَحِيحةٌ بقائمةٍ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ أكثرَ من حَقِّه .

فصل : فإن قَلَعَ عَيْنَه بإصْبَعِه ، لم يَجُزْ أن يَقْتَصَّ بإصْبَعِه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ المُماثلةُ فيه . وإن لَطَمَهُ فذَهَبَ ضَوْءُ عَيْنِه ، لم يَجُزْ أن يَقْتَصَّ منه[3] باللَّطْمةِ ؛ لأنَّ المُماثلةَ فيها غيرُ مُمْكِنةٍ ، ولهذا لو انْفَرَدَتْ من إذْهابِ الضَّوْءِ ، لم يَجِبْ فيها قِصاصٌ ، ويجبُ القِصاصُ / فى البَصَرِ[4] ، فيُعالَجُ بما يُذْهِبُ بَصَرَه من غيرِ أن يَقْلَعَ عَيْنَه ، كما رَوَى يحيى ابن جَعْدَةَ ، أنَّ أعْرابِيًّا قَدِمَ بحَلُوبةٍ[5] له إلى المَدِينةِ ، فساوَمَهُ فيها مَوْلًى لعثمانَ بن عَفّانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فنازَعَه ، فلَطَمَه ، ففَقَأَ عَيْنَه ، فقال له عثمانُ : هل لكَ أن

٩/٤٢ ظ

---

(٤) سورة المائدة ٤٥ .
(١) سورة المائدة ٤٥ .
(٢) فى م : « الكبير » .
(٣) سقط من : ب .
(٤) فى ب : « البصير » .
(٥) فى الأصل : « بحكومة » .

أُضَعِّفُ لكَ الدِّيَةَ ، وتَعْفُو عنه ؟ فأَبَى ، فرَفَعهُما إلى عليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فدَعَا عليٌّ بمِرآةٍ فأَحْماها ، ثم وَضَعَ القُطْنَ على عَيْنِه الأُخْرَى ، ثم أَخَذَ المرآةَ بكَلْبَتَيْنِ ، فأدْناها من عَيْنِه حتى سالَ إنسانُ عَيْنِه . وإن وَضَعَ فيها كافورًا يَذْهَبُ بضَوْئِها من غيرِ أن يَجْنِىَ على الحَدَقَةِ ، جاز . وإن لم يُمْكِنْ إلَّا بالجِنايةِ على العُضْوِ ، سَقَطَ القِصاصُ ؛ لتَعَذُّرِ المُماثلةِ . وذكر القاضى أنَّه يَقْتَصُّ منه باللَّطْمةِ ، فيَلْطِمُه المَجْنِىُّ عليه مثلَ لَطْمَتِه ، فإن ذَهَبَ ضَوْءُ عَيْنِه ، وإلَّا كان له أن يُذْهِبَه بما ذكَرْنا . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ اللَّطْمةَ لا يُقْتَصُّ منها مُنْفَرِدةً ، فلا يُقْتَصُّ منها إذا سَرَتْ إلى العَيْنِ ، كالشَّجَّةِ إذا[(٦)] كانت دُونَ المُوضِحَةِ ، ولأنَّ اللَّطْمةَ إذا لم تكُنْ فى العَيْنِ ، لا يُقْتَصُّ منها بمِثْلِها مع الأَمْنِ من إفْسادِ العُضْوِ ، ففى[(٧)] العينِ مع[(٨)] خَوْفِ ذلك أَوْلَى ، ولأنَّه قِصاصٌ فيما دُونَ النَّفْسِ ، فلم يَجُزْ بغيرِ الآلةِ المُعَدَّةِ له[(٩)] ، كالمُوضِحَةِ . وقال القاضى : لا[(١٠)] يجبُ القِصاصُ ، إلَّا أن تكونَ اللَّطمةُ تَذْهَبُ بذلك غالبًا ، فإن كانت لا تَذْهَبُ به غالبًا فذَهَبَ ، فهو شِبْهُ عَمْدٍ لا قِصاصَ فيه . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه فِعْلٌ لا يُفْضِى إلى الفَوَاتِ غالبًا ، فلم يَجِبْ به القِصاصُ ، كشِبْهِ العَمْدِ فى النَّفْسِ . وقال أبو بكرٍ : يجبُ القِصاصُ بكلِّ حالٍ ؛ لعمومِ قوله : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾ . ولأنَّ اللَّطْمةَ إذا أسالَتْ إنْسانَ العَيْنِ ، كانت بمَنْزِلةِ الجُرْحِ ، ولا يُعْتَبَرُ فى الجُرْحِ الإفْضاءُ إلى التَّلَفِ غالبًا .

فصل : فإن[(١١)] لَطَمَ عَيْنَه ، فذَهَبَ بصَرُها ، وابْيَضَّتْ ، وشَخَصَتْ ، فإن أمْكَنَ مُعَالجةُ عَيْنِ الجانِى حتى يَذْهَبَ بصَرُها وتَبْيَضَّ وتَشْخَصَ ، من غيرِ جِنايةٍ على الحَدَقةِ ،

---

(٦) فى م : « إن » .

(٧) فى م : « فى » .

(٨) فى م : « فمع » .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى م : « فلو » .

فَعَلَ ذلك ، وإن لم يُمْكِنْ إلَّا ذهابُ بعضِ ذلك ، مثل ذهابِ[12] البَصَرِ دونَ أن تَبْيَضَّ وتَشْخَصَ ، فعليه حُكومةٌ للذى لم يُمْكِنِ القِصاصُ فيه ، كما لو جَرَحَه[13] هاشِمةً ، فإنَّه يَقْتَصُّ / مُوضِحَةً ، ويأْخُذُ أَرْشَ باقِي جرْحِه . وعلى قولِ أبى بكرٍ ، لا يُسْتَحَقُّ مع القِصاصِ أَرْشٌ . وقال القاضى : إذا اقْتَصَّ منه - يعنى لَطَمَه مثلَ لَطْمَتِه - فذَهَبَ ضَوْءُ عَيْنِه ، ولم تَبْيَضَّ ، ولم تَشْخَصْ ، فإن أمْكَنَ مُعالَجَتُها حتى تَبْيَضَّ وتَشْخَصَ ، من غيرِ ذَهابِ الحَدَقةِ ، فَعَلَه ، وإن تعَذَّرَ ذلك ، فلا شيءَ عليه ، كما لو انْدَمَلَتْ مُوضِحَةُ المَجْنِيِّ عليه وَحِشَةً قَبِيحة ، ومُوضِحةُ الجانِي حَسَنَةً جميلةً ، لم يجب شيءٌ ، كذلك هٰهُنا ، وهذا بَناهُ على أن اللَّطْمَةَ حَصَلَ بها القِصاصُ ، كما حَصَلَ بجُرْحِ المُوضِحَةِ ، وقد بَيَّنَّا فَسادَ هذا .

فصل : وإن شَجَّهُ شَجَّةً دون المُوضِحَةِ ، فأَذْهَبَ ضَوْءَ عينِه ، لم يَقْتَصَّ منه مثلَ شَجَّتِه ، بغيرِ خلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّها لا قِصاصَ فيها إذا لم يَذْهَبْ ضَوْءُ العينِ ، فكذلك إذا ذَهَبَ ، ويُعالجُ ضَوْءُ العَيْنِ بمثلِ ما ذكَرْنا فى[14] اللَّطْمةِ . وإن كانت الشَّجَّةُ فوقَ المُوضِحَةِ ، فله أن يَقْتَصَّ مُوضِحَةً . وهل له أَرْشُ الزِّيادةِ عليها ؟ فيه وَجْهان . وإن ذَهَبَ ضَوْءُ العَيْنِ ، وإلَّا اسْتَعْمَلَ فيه ما يُزِيلُه من غيرِ أن يَجْنِيَ على الحَدَقةِ . وإن شَجَّه مُوضِحَةً ، فله أن يَقْتَصَّ منها . وحُكْمُ القِصاصِ فى البَصَرِ على ما ذكَرْنا من قبلُ . واخْتَلَفَ أصحابُ الشافعيِّ فى القِصاصِ فى البَصَرِ ، فى هذه المواضعِ كلِّها ، فقال بعضُهم : لا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّه لا يَجِبُ بالسِّرايةِ ، كما لو قَطَعَ إصْبَعَه ، فسَرَى القَطْعُ إلى التى تَلِيها ، فأذْهَبَها عندهم . وقال بعضُهم : يجبُ القِصاصُ هٰهُنا ، قولًا واحدًا ؛ لأنَّ ضَوْءَ العَيْنِ لا تُمْكِنُ مُباشَرَتُه بالجِنايةِ ، فيَقْتَصُّ منه بالسِّرايةِ ، كالنَّفْسِ ، فيَقْتَصُّ من البَصَرِ بما[15] ذكرنا فيما قبلَ هذا .

---

(12) فى م : « أن يذهب » .

(13) فى م : « جرح » .

(14) فى ب : « من » .

(15) فى م : « كما » .

فصل : إذا قَلَعَ الأَعْوَرُ عَيْنَ صَحِيحٍ ، فلا قَوَدَ ، وعليه دِيَةٌ كاملةٌ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما[16] . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعَطاءٌ . وقال الحسنُ والنَّخَعِىُّ : إن شاء اقْتَصَّ وأَعْطاه نِصْفَ دِيَةٍ . وقال مالكٌ : إن شاء اقْتَصَّ ، وإن شاء أخَذَ دِيَةً كاملةً . وقال مَسْرُوقٌ والشَّعْبِىُّ ، وابنُ سِيرِينَ ، وابنُ مَعْقِلٍ[17] ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وابنُ المُنْذِرِ : له القِصاصُ ، ولا شىءَ عليه . وإن عَفَا ، فله نِصْفُ الدِّيةِ ، لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾ . وجَعَلَ النَّبِىُّ ﷺ فى / العَيْنَيْنِ الدِّيَةَ[18] . ولأنَّها إحْدَى شَيْئَيْنِ فيهما الدِّيَةُ ، فوَجَبَ القِصاصُ مِمَّن له واحدةٌ ، أو نِصْفُ الدِّيَةِ ، كما لو قَطَعَ الأَقْطَعُ يَدَ مَنْ له يَدانِ . ولَنا ، قولُ عمرَ وعثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، [19]ولم نَعْرِفْ لهما مُخالِفًا[19] فى عَصْرِهما ، ولأنَّه لم يَذْهَبْ بجَمِيعِ[20] بَصَرِه ، فلم يَجُزْ له الاقْتِصاصُ منه بجميعِ بَصَرِه ، كما لو كان ذا عَيْنَيْنِ . وأمَّا إذا قَطَعَ يَدَ الأَقْطَعِ ، فلَنا فيه مَنْعٌ ، ومع التَّسْليمِ ، فالفَرْقُ بينهما أنَّ يَدَ الأَقْطَعِ لا تَقُومُ مَقامَ اليَدَيْنِ فى النَّفْعِ الحاصلِ بهما ، بخلافِ عَيْنِ الأَعْوَرِ ، فإنَّ النفعَ الحاصِلَ بالعَيْنَيْنِ حاصِلٌ بها ، وكلُّ حُكْمٍ يتعَلَّقُ بصَحِيحِ العينينِ ، يَثْبُتُ فى الأَعْوَرِ مثلُه ، ولهذا صَحَّ عِتْقُه فى الكَفَّارةِ دُونَ الأَقْطَعِ . فأمَّا وُجُوبُ الدِّيَةِ كامِلةً عليه ، وهو قولُ مالكٍ ، فلأنَّه لمَّا دُفِعَ عنه القِصاصُ مع إمْكانِه لفَضِيلَتِه ، ضُوعِفَتِ الدِّيَةُ عليه ، كالمُسْلِمِ إذا قَتَلَ ذِمِّيًّا عَمْدًا . ولو قَلَعَ الأَعْورُ إحْدَى عَيْنَىِ الصَّحِيحِ خطأً ، لم يَلْزَمْه إلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ ، بغيرِ اخْتلافٍ ؛ لعَدَمِ المعنى المُقْتَضِى لتَضْعِيفِ الدِّيَةِ .

٩/٤٣ ظ

---

(١٦) أخرجه عن عمر وعثمان عبد الرزاق ، فى : باب الأعور يصيب عين الإنسان ، من كتاب العقول . المصنف ٩/٣٣٠ ، ٣٣١ . وأخرجه عن عثمان ، البيهقى ، فى : باب الصحيح يصيب عين الأعور ... ، من كتاب الديات . السنن الكبرى ٨/٩٤ .

(١٧) فى النسخ : « مغفل » . وتقدم فى : ٣/٢٦١ .

(١٨) أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر حديث عمرو بن حزم فى العقول واختلاف الناقلين له ، من كتاب القسامة المجتبى ٨/٥٢ . والدارمى ، فى : باب كم الدية من الإبل ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ٢/١٩٣ .

(١٩ - ١٩) فى الأصل : « يعرف لهما مخالف » .

(٢٠) فى ب : « جميع » .

فصل : ولو قَلَعَ الأعْوَرُ عَيْنَ مثلِه ، ففيه القِصاصُ ، بغيرِ خلافٍ ؛ لِتَساوِيهِما من كلِّ وَجْهٍ ، إذا كانت العَيْنُ مثلَ العينِ ، فى كونِها يَمِينًا أو يَسارًا . وإن عَفَا إلى الدِّيَةِ ، فله جَمِيعُها ، وكذلك إن قَلَعَها خطأً ، أو عَفَا بعضُ مُسْتَحِقِّى القِصاصِ ؛ لأنَّه ذَهَبَ بجميعِ بَصَرِه ، فأشْبَهَ ما لو قَلَعَ عَيْنَىْ صَحِيحٍ .

فصل : وإن قَلَعَ الأعورُ عَيْنَىْ صحيحٍ ، فقال القاضى : هو مُخَيَّرٌ ، إن شاء اقْتَصَّ ولا شىءَ له سِوَى ذلك ؛ لأنَّه قد أخذَ جَمِيعَ بَصَرِهِ [21]بجميعِ بَصَرِهِ[21] ، فإن اختارَ الدِّيَةَ ، فله دِيَةٌ واحدةٌ ؛ لقَوْلِ النَّبِى ﷺ : « وَفِى الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ » . ولأنَّه[22] لم يتعذَّرِ القِصاصُ ، فلم تَتضاعَفِ الدِّيةُ ، كما لو قطَعَ الأشَلُّ يَدَ صَحِيحٍ ، أو كان رأسُ الشاجِّ أصْغَرَ ، أو يَدُ القاطعِ أنْقَصَ . وقال القاضى : يَقْتَضِى الفِقْهُ أن يَلْزَمَه دِيَتانِ ، إحداهما لِلعَيْنِ التى تُقابِلُ عَيْنَه ، والدِّيَةُ الثانية لأجْلِ العَيْنِ النَّاتِئةِ ؛ لأنَّها عَيْنُ أعْوَرَ . والصَّحِيحُ ما قُلْنا ، وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، وأشَدُّ مُوافَقَةً للنُّصُوصِ ، وأصَحُّ فى المَعْنَى .

٩/٤٤ و / **فصل** : وإن قَلَعَ صحيحُ العَيْنَيْنِ عَيْنَ أعْوَرَ ، فله القِصاصُ من مِثْلِها ، ويأْخُذُ نِصْفَ الدِّيَةِ . نصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه ذَهَبَ بجميعِ بَصَرِه ، وأذْهَبَ الضَّوْءَ الذى بَدَلُه دِيَةٌ كاملةٌ ، وقد تعَذَّرَ اسْتِيفاءُ جميعِ الضَّوْءِ ، إذْ لا يُمْكِنُ أخْذُ عَيْنَيْنِ بعَيْنٍ واحدةٍ ، ولا أخْذُ يَمِينٍ بيُسْرَى ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ ببَدَلِ نِصْفِ الضَّوْءِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه ليس له إلَّا القِصاصُ من غيرِ زِيادةٍ ، أو العَفْوُ إلى[23] الدِّيَةِ ، كما لو قَطَعَ الأشَلُّ يَدًا صحيحةً ، ولأنَّ الزيادةَ هٰهُنا غيرُ مُتَمَيِّزةٍ ، فلم يكُنْ لها بَدَلٌ ، كزِيادةِ الصَّحِيحةِ على الشَّلَّاءِ ، هذا مع عُمُومِ قولِه تعالى : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾ .

(٢١ - ٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) فى م : « لأنه » .

(٢٣) فى الأصل ، م : « على » .

فصل : وإن قَطَعَ الأَقْطَعُ يَدَ مَنْ له يَدَانِ ، فعليه القِصاصُ . وإن قُطِعَتْ رِجْلُ الأَقْطَعِ أو يَدُه ، فله القِصاصُ أو نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لأنَّ يَدَ الأَقْطَعِ لا تقومُ مَقامَ يَدَيْه فى الانْتِفاعِ والبَطْشِ ، ولا يُجْزِئُ فى العِتْقِ عن الكَفَّارَةِ ، بخلافِ عَيْنِ الأَعْوَرِ ، فإنَّها تقومُ مَقامَ عَيْنَيْه جميعا . وقال القاضى : إن كانت المَقْطُوعةُ أَوَّلًا قُطِعَتْ ظُلْمًا أو قِصاصًا ، ففى الباقيةِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، رِوايةً واحدةً ، وإن كانت الأُولَى قُطِعَتْ فى سَبِيلِ اللهِ ، ففى الثانية رِوايتَان ؛ إحداهما ، نِصْفُ الدِّيَةِ ، والثانية دِيَةٌ كاملةٌ ؛ لأنَّه عَطَّلَ مَنافِعَه من العُضْوَيْنِ جملةً ، وأمَّا إن قَطَعَ الأقْطعُ يَدَ مَنْ ليس بأَقْطَعَ ، فإن قُلْنا : إنَّ فى يَدِ الأَقْطَعِ دِيةً كاملةً . فلا قِصاصَ . وإن قُلْنا : لا تَكْمُلُ فيها الدِّيَةُ . فالقِصاصُ واجبٌ فيها . واللائقُ بالفِقْهِ ما ذكَرْناه أَوَّلا ، والتَّعْليلُ بتَفْوِيتِ مَنْفَعةِ العُضْوَيْنِ يَنْتَقِضُ بما إذا قُطِعَتِ الأُولَى قِصاصًا ، والقِياسُ على عَيْنِ الأَعْوَرِ غيرُ صحيحٍ ؛ لما بينهما من الفَرْقِ . فأمَّا إن قُطِعَتْ أُذُنُ مَنْ قد[24] قُطِعَتْ إحْدَى أُذُنَيْه ، فليس له إلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ ، روايةً واحدةً . وإن قطَعَ هو أُذُنَ ذِى أُذُنَيْنِ ، وَجَبَ عليه القِصاصُ ، بغيرِ خلافٍ عَلِمْناه ، لا فى المَذْهَبِ ولا فى غيرِه ؛ لأنَّ نَفْعَ كلِّ أُذُنٍ لا يتعَلَّقُ بالأُخْرَى .

فصل : ويُؤْخَذُ الجَفْنُ بالجَفْنِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[25] . ولأنَّه يُمْكِنُ القِصاصُ فيه ، لِانْتهائِه إلى مَفْصِلٍ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . / ويُؤْخَذُ جَفْنُ البَصِيرِ بجَفْنِ البَصِيرِ والضَّرِيرِ ، وجَفْنُ الضَّرِيرِ بكلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّهما تَساوَيَا فى السَّلامةِ من النَّقْصِ ، وعَدَمُ البَصَرِ نَقْصٌ فى غيرِه ، لا[26] يَمْنَعُ أَخْذَ أحدِهما بالآخرِ ، كالأُذُنِ إذا عُدِمَ السَّمْعُ منها .

٩/٤٤ظ

١٤٤٩ ــ مسألة ؛ قال : (والسِّنُّ بِالسِّنِّ)

---

(٢٤) سقط من : ب ، م .

(٢٥) سورة المائدة ٤٥ .

(٢٦) فى م : « لأنه » .

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على القِصاصِ فى السِّنِّ ؛ للآيةِ وحَدِيثِ الرُّبَيِّعِ[1] ، ولأنَّ القِصاصَ فيها مُمْكِنٌ ، لأنَّها مَحْدُودةٌ فى نَفْسِها ، فوَجَبَ فيها القِصاصُ كالعَيْنِ . وتُؤْخَذُ الصَّحيحةُ بالصَّحيحةِ ، وتُؤْخَذُ المَكْسُورةُ بالصَّحيحةِ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ بعضَ حَقِّه ، وهل يأخذُ مع القِصاصِ أرْشَ الباقِى ؟ فيه وَجْهان ، ذكَرْناهما فيما مَضَى .

فصل : ولا يُقْتَصُّ إلَّا من سِنِّ مَنْ أثْغَرَ ، أى سَقَطَتْ رَواضِعُه ، ثم نَبَتَتْ . يقال لمن سَقَطَتْ رَواضِعُه : ثُغِرَ ، فهو مَثْغُورٌ . فإذا نَبَتَتْ قِيلَ : أثْغَرَ . لُغَتان . وإن قُلِعَ سِنُّ مَنْ لم يُثْغِرْ ، لم يُقْتَصَّ من الجانِى فى الحالِ . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّها تَعُودُ بحُكْمِ العادةِ ، فلا يُقْتَصُّ منها كالشَّعْرِ ، ثم إن عادَ بَدَلُ السِّنِّ فى مَحَلِّها مثلُها على صِفَتِها ، فلا شىءَ على الجانِى ، كما لو قَلَعَ شَعْرةً ثم نَبَتَتْ . وإن عادَتْ مائلةً عن مَحَلِّها ، أو مُتَغَيِّرةً عن صِفَتِها ، كان عليه حُكومةٌ ؛ لأنَّها لو لم تَعُدْ ضَمِنَ السِّنَّ ، فإذا عادت ناقصةً ضَمِنَ ما نَقَصَ . (2وإن عادتْ قصيرةً ، ضَمِنَ مَا نَقَصَ2) منها بالحِسابِ ، ففى ثُلُثِها ثُلُثُ دِيَتِها ، وفى رُبْعِها رُبْعُها ، وعلى هذا . وإن عادَتْ والدَّمُ يَسِيلُ ، ففيها حُكومةٌ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حصَلَ بفِعْلِه . وإن مَضَى زَمَنُ عَوْدِها ولم تَعُدْ ، سُئِلَ أهلُ العلمِ بالطِّبِّ ، فإن قالوا : قد يُئِسَ من عَوْدِها . فالمَجْنِىُّ عليه بالخِيارِ بينَ القِصاصِ أو دِيَةِ السِّنِّ . فإن ماتَ المَجْنِىُّ عليه قبلَ الإِيَاسِ من عَوْدِها ، فلا قِصاصَ ؛ لأنَّ الاسْتِحْقاقَ له غيرُ مُتَحَقِّقٍ ، فيكونُ ذلك شُبْهةً فى دَرْئِه ، وتجبُ الدِّيَةُ ؛ لأنَّ القَلْعَ مَوْجودٌ ، والعَوْدَ مشكوكٌ فيه . ويَحْتَمِلُ أنَّه إذا مات قبلَ مَجِىءِ وَقْتِ عَوْدِها ، أنْ[3] لا يَجِبَ شىءٌ ؛ لأنَّ العادةَ عَوْدُها ، فأشْبَه ما لو حَلَقَ شَعْرَه فماتَ قبلَ نَباتِه . / فأمَّا إن قَلَعَ سِنَّ مَنْ قد أثْغَرَ ، وَجَبَ القِصاصُ له فى الحالِ ؛ لأنَّ الظاهِرَ عَدَمُ عَوْدِها . وهذا قولُ بعضِ أصْحابِ الشافعىِّ . وقال القاضى : يُسْأَلُ أهْلُ الخِبْرةِ ، فإن قالوا : لا تَعُودُ . فله

٩/٤٥و

---

(١) تقدم فى صفحة ٥٣١ .

(٢ - ٢) سقط من : م . نقل نظر .

(٣) فى ب : « أنه » .

القِصاصُ فى الحالِ ، وإن قالوا : يُرْجَى عَوْدُها . إلى وقتٍ ذكَرُوه ، لم يُقْتَصَّ حتى يَأْتِىَ ذلك الوقتُ . وهذا قولُ بعضِ أصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّها تَحْتَمِلُ العَوْدَ ، فأشْبَهَتْ سنَّ مَنْ لم يُثْغِرْ . وإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّها [4]إن لم[4] تَعُدْ بعدُ[5] ، فلا كَلامَ ، وإن عادَتْ ، لم يَجِبْ قِصاصٌ ولا دِيَةٌ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، وأحَدُ قولَىِ الشافعىِّ . وقال فى الآخرِ : لا يَسْقُطُ الأَرْشُ ؛ لأنَّ هذه السِّنَّ لا تُسْتَخْلَفُ عادةً ، فإذا عادَتْ كانت هِبَةً مُجَدَّدَةً ، ولذلك لا يُنْتَظَرُ عَوْدُها فى الضَّمانِ . ولَنا ، أنَّها سِنٌّ عادَتْ ، فسَقَطَ الأَرْشُ ، كسِنِّ مَنْ لم يُثْغِرْ ، ونُدْرَةُ وُجُودِها لا يَمْنَعُ ثُبوتَ حُكْمِها إذا وُجِدَتْ ، فعلَى هذا إن كان أخَذَ الأَرْشَ ، رَدَّه ، وإن كان اسْتَوْفَى القِصاصَ ، لم يَجُزْ قَلْعُ هذه قِصاصًا ؛ لأنَّه لم يَقْصِدِ العُدْوانَ . وإن عادَتْ سِنُّ الْجانِى دُونَ سِنِّ المَجْنِىِّ عليه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا تُقْلَعُ ؛ لئَلَّا يَأْخُذَ سِنَّيْنِ بسِنٍّ واحدةٍ ، وإنَّما قال اللهُ تعالى : ﴿ والسِّنَّ بِالسِّنِّ ﴾[6] . والثانى ، تُقْلَعُ وإن عادَتْ مَرَّاتٍ ؛ لأنَّه قَلَعَ سِنَّه وأعْدَمَها ، فكان له إعْدامُ سِنِّه . ولأصحابِ الشافعىِّ وَجْهان ، كهٰذَيْنِ .

فصل : وإن قَلَعَ سِنًّا ، فاقْتَصَّ منه ، ثم عادت سِنُّ الْمجنِىِّ عليه ، فقَلَعَها الجانِى ثانيةً ، فلا شىءَ عليه ؛ لأنَّ سِنَّ المجْنِىِّ عليه لمَّا عادَتْ ، وَجَبَ للجانِى عليه دِيَةُ سِنِّه ، فلما قَلَعَها ، وَجَبَ [7]على الجانى[7] دِيَتُها للمَجْنِىِّ عليه ، فقد وَجَبَ لكلِّ واحِدٍ منهما دِيَةُ سِنٍّ ، فيتَقَاصَّانِ .

١٤٥٠ – مسألة ؛ قال : (وإنْ كَسَرَ بَعْضَهَا ، بَرَدَ مِنْ سِنِّ الْجَانِى مِثْلَهُ)

وجملتُه أنَّ القِصاصَ جارٍ فى بعضِ السِّنِّ ؛ لأنَّ الرُّبَيِّعَ كَسَرَتْ سِنَّ جاريةٍ ، فأمَرَ النَّبِىُّ

(٤ – ٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) سورة المائدة ٤٥ .

(٧ – ٧) فى الأصل : « للجانى » .

ﷺ بالقِصاصِ(١) . ولأنَّ ما جَرَى القِصاصُ فى جُمْلَتِه ، جَرَى فى بعضِه إذا أمْكنَ، كالأُذُنِ ، فيُقَدَّرُ ذلك بالأجْزاءِ ، فيُؤْخَذُ النِّصْفُ بالنِّصْفِ والثُّلثُ بالثُّلثِ ، وكلُّ جُزْءٍ بمثلِه ، ولا يُؤْخَذُ ذلك بالمِساحةِ ، كيْلا / يُفضِىَ إلى أخذِ جميعِ سِنِّ الجانِى ببعضِ سِنِّ المَجْنِىِّ عليه ، ويكونُ القِصاصُ بالمِبْرَدِ ؛ ليُؤْمَنَ أخْذُ الزِّيادةِ ، فإنَّا لو أخَذْناها بالكَسْرِ ، لم نَأْمَنْ أن تَنْصَدِعَ ،أو تَنْقَلِعَ ، أو تَنْكَسِرَ من غير موضِعِ القِصاصِ . ولا يُقْتَصُّ حتى يقولَ أهلُ الخِبْرةِ : إنَّه يُؤْمَنُ انْقِلاعُها ، أو السَّوادُ(٢) فيها ؛ لأنَّ تَوَهُّمَ الزِّيادةِ يَمْنَعُ القِصاصَ فى الأعْضاءِ ، كما لو قُطِعَتْ يَدُه من غيرِ مَفْصِلٍ . فإن قيل : فقد أجَزْتُم القِصاصَ فى الأطْرافِ مع تَوَهُّم سِرايَتِها إلى النَّفْسِ ، فَلِمَ مَنَعْتُمْ منه لِتَوَهُّمِ السِّرايَةِ إلى بعضِ العُضْوِ ؟ قُلْنا : وَهَمُ السِّرايةِ إلى النَّفْسِ لا سَبِيلَ إلى التَّحَرُّزِ منه ، فلو اعْتَبَرْناه فى المَنْعِ ، لَسَقَطَ القِصاصُ فى الأطْرافِ بالكُلِّيَّةِ ، فسَقَطَ اعْتِبارُه ، وأمَّا(٣) السِّرايةُ إلى بعضِ العُضْوِ ، فتارةً نقولُ إنَّما يَمْنَعُ(٤) القِصاصَ فيها احتمالُ الزِّيادةِ فى الفِعْلِ ، لا فى السِّرايةِ ، مثل مَنْ يَسْتَوْفِى من(٥) بعضِ الذِّراعِ ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يَفْعَلَ أكثرَ ممَّا فُعِلَ به ، وكذلك من كَسَرَ سِنًّا ولم يَصْدَعْها ، فكَسَرَ المُسْتَوْفِى سِنَّهُ وصَدَعَها ، أو قَلَعَها ، أو كَسَرَ أكثرَ ممَّا كَسَرَ ، فقد زاد على المِثْلِ ، والقِصاصُ يَعْتَمِدُ المُماثلةَ . وتارةً نقولُ : إنَّ السِّرايةَ فى بعضِ العُضْوِ إنَّما تَمْنَعُ(٦) إذا كانت ظاهِرةً ، ومثل هذا يَمْنَعُ فى النَّفْسِ ، ولهذا مَنَعْناه من الاسْتيفاءِ بآلةٍ كالَّةٍ ، أو مَسْمُومةٍ ، وفى وَقْتِ إفْراطِ الحَرارةِ أو البُرُودةِ(٧) ، تَحَرُّزًا من السِّرايةِ .

٩/٤٥ ظ

فصل : ومَنْ قَلَعَ سِنًّا زائدةً ، وهى التى تَنْبُتُ فَضْلَةً فى غيرِ سَمْتِ الأسْنانِ ، خارِجةً

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣١ .

(٢) فى الأصل : « والسواد » .

(٣) سقطت الواو من : ب ، م .

(٤) فى م : « منع » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦) فى ب ، م : « منع » .

(٧) فى الأصل : « والبرودة » .

عنها ، إمَّا إلى داخلِ الفَمِ ، وإمَّا إلى الشَّفَةِ ، وكانت[8] للجانى مثلُها فى مَوْضِعِها ، فللمَجْنِىِّ عليه القِصاصُ ، أو أخذُ حُكومةٍ فى سِنِّه . وإن لم يكُنْ له مثلُها فى مَحلِّها ، فليس للمَجْنِىِّ عليه إلَّا الحُكومةُ . وإن كانت إحْدَى الزَّائِدَتين أكبرَ من الأُخْرَى ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا تُؤْخَذُ الكُبْرَى بالصُّغْرَى ؛ لأنَّ الحُكومةَ فيها أكبرُ ، فلا يُقْلَعُ بها ما هو أقلُّ قيمةً منها . والثانى ، تُؤْخَذُ بها ؛ لأنَّهما سِنَّانِ[9] مُتساوِيانِ[10] فى الموضعِ ، فتُؤْخَذُ كلُّ واحدةٍ منهما بالأُخْرَى ، كالأصْلِيَّتَيْنِ ، ولأنَّ قولَ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ ﴾[11] . عامٌّ ، فيَدْخُلُ / فيه مَحَلُّ النِّزاعِ . وإن قُلْنا : يَثْبُتُ القِياسُ[12] فى الزَّائدتَيْنِ بالاجْتِهادِ ، فالثابتُ بالاجْتِهادِ مُعْتَبَرٌ بما ثَبَتَ بالنَّصِّ ، واختلافُ القِيمَةِ لا يَمْنَعُ القِصاصَ ، بدليلِ جَرَيانِه بين العَبِيدِ ، وبين الذَّكَرِ والأُنْثى ، فى النَّفسِ والأطْرافِ ، على أنَّ كِبَرَ السِّنِّ لا يُوجِبُ كَثْرَةَ قِيمَتِها ، فإنَّ السِّنَّ الزَّائدةَ نَقْصٌ وعَيْبٌ ، وكثرةُ العيبِ زِيادةٌ فى النَّقْصِ ، لا فى القِيمَةِ ، ولأنَّ كِبَرَ السِّنِّ الأصْلِيَّةِ لا يَزِيدُ قِيمَتَها ، فالزائدةُ كذلك .

٩/٤٦ و

فصل : ويُؤْخَذُ اللِّسانُ باللِّسانِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[11] . ولأنَّ له حَدًّا يَنْتَهِى إليه ، فاقْتُصَّ منه ، كالعَيْنِ . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا . ولا يُؤْخَذُ لِسانُ ناطِقٍ بلسانِ أخْرَسَ ؛ لأنَّه أفْضَلُ منه . ويُؤْخَذُ الأخْرَسُ بالنَّاطقِ ؛ لأنَّه بعضُ حَقِّه . ويُؤْخَذُ بعضُ اللِّسانِ ببعضٍ ؛ لأنَّه أمْكَنَ القِصاصُ فى جَمِيعه ، فأمْكَنَ فى بعضِه ، كالسِّنِّ ، ويُقَدَّرُ ذلك بالأجْزاءِ ، ويُؤْخَذُ منه بالحِسابِ .

فصل : وتُؤْخَذُ الشَّفَةُ بالشَّفَةِ ، وهى ما جاوَزَ الذَّقَنَ والخَدَّيْنِ عُلْوًا وسُفْلًا[13] ؛ لقولِ

---

(٨) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٩) فى ب : « سنتان » .

(١٠) فى الأصل : « متساويتان » .

(١١) سورة المائدة ٤٥ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) فى الأصل : « أو سفلا » .

اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ . ولأنَّ له حدًّا يَنْتَهِى إليه ، يُمْكِنُ القِصاصُ منه ، فوَجَبَ ، كاليَدَيْنِ .

١٤٥١ – مسألة ؛ قال : (وَلَا تُؤْخَذُ يَمِينٌ بِيَسَارٍ ، وَلَا يَسَارٌ بِيَمِينٍ)

هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن ابنِ سِيرِينَ ، وشَرِيكٍ ، أنَّ إحْداهما تُؤْخَذُ بالأُخْرَى ؛ لأنَّهما يَسْتَوِيانِ فى الخِلْقةِ والمَنْفَعَةِ . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحدةٍ منهما تَخْتَصُّ باسمٍ ، فلا تُؤْخَذُ إحْداهما بالأُخْرَى ، كاليَدِ مع الرِّجْلِ . فعلَى هذا كلُّ ما انْقَسَمَ إلى يَمِينٍ ويَسارٍ ، كاليَدَيْنِ والرِّجْلَيْنِ والأُذُنَيْنِ والمَنْخِرَيْنِ والثَّدْيَيْنِ والأَلْيَتَيْنِ والأُنْثَيَيْنِ ، لا تُؤْخَذُ إحْداهما بالأُخْرَى .

فصل : وما انْقَسَمَ إلى أعْلَى وأسْفَلَ ، كالجَفْنَيْنِ والشَّفَتَيْنِ ، لا يُؤْخَذُ الأعْلَى بالأسْفَلِ ، ولا الأسْفَلُ بالأعْلَى ؛ لما ذكَرْنا . ولا تُؤْخَذُ إصْبَعٌ بإصْبَعٍ ، إلَّا أن يَتَّفِقَا فى الاسمِ والمَوْضِعِ . ولا تؤخذُ أُنْمُلَةٌ بأُنْمُلةٍ ، إلَّا أن يَتَّفِقا فى ذلك . ولا تُؤْخَذُ عُلْيَا بسُفْلَى ولا وُسْطَى ، والوُسْطَى والسُّفْلَى لا تُؤْخَذان بغيرِهما . ولا تُؤْخَذُ السِّنُّ بالسنِّ / إلَّا أن يَتَّفِقَ مَوْضِعُهما واسْمُهما . ولا تُؤْخَذُ إصْبَعٌ ولا سِنٌّ أصْلِيَّةٌ بزائدةٍ ، ولا زائدةٌ بأصْلِيَّةٍ ، ولا زَائدةٌ بزائدةٍ فى غيرِ مَحَلِّها ؛ لما ذكَرْناه .

٩/٤٦ ظ

فصل : وما لا يَجوزُ أخْذُه قِصاصًا ، لا يجوزُ بتَرَاضِيهما واتِّفاقِهما عليه[(١)] ؛ لأنَّ الدِّماءَ لا تُسْتَباحُ بالإباحةِ[(٢)] والبَذْلِ ، ولذلك لو بَذَلَها له ابتداءً ، لا يَحِلُّ له[(٣)] أخْذُها ، ولا يَحِلُّ لأحدٍ قَتْلُ نَفْسِه ، ولا قَطْعُ طَرَفِه ، فلا يَحِلُّ لغيرِه ببَذْلِه ، فلو تَراضَيا على قَطْعِ إحْدَى اليَدَيْنِ بَدَلًا عن الأُخْرَى ، فقَطَعها المُقْتَصُّ ، سَقَطَ القَوَدُ ؛ لأنَّ القَوَدَ سَقَطَ فى الأُولَى بإسْقاطِ صاحِبِها ، وفى الثانية بإذْنِ صاحِبِها فى قَطْعِها ، ودِياتُهما مُتَساوِيَةٌ . وهذا

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى م : « بالاستباحة » .
(٣) سقط من : م .

قول أبى بكرٍ . وكذلك[4] قال : لو قطَعَ المُقْتصُّ اليدَ الأُخْرَى عُدْوانًا ، لَسَقَطَ القِصاصُ ؛ لأنَّهما تَساوَيا فى الألَمِ والدِّيَةِ والاسْمِ ، فتَقاصَّا وتساقَطَا ، ولأنَّ إيجابَ القِصاصِ يُفْضِى إلى قَطْعِ يَدَىْ كلِّ واحدٍ منهما ، وإذْهابِ مَنْفَعةِ الجِنْسِ ، وإلْحاقِ الضَّرَرِ العظيمِ بهما جميعا . ولا تَفْرِيعَ على هذا القولِ لوُضُوحِهِ . وكلُّ واحدٍ من القَطْعَيْنِ[5] مَضْمُونٌ[6] بسِرَايتِه[7] ؛ لأنَّه عُدْوانٌ . وقال ابنُ حامدٍ : إن كان أخَذَها عُدْوانًا ، فلكلِّ واحدٍ منهما القِصاصُ على صاحِبه ، وإن أخَذَها بتَراضِيهِما ، فلا قِصاصَ فى الثانيةِ ؛ لرِضَا صاحِبِها ببَذْلِها ، وإذْنِه فى قَطْعِها ، وفى وُجُوبِه فى الأُولَى وجهان ؛ أحدهما ، يَسْقُطُ ؛ لما ذكَرْنا . والثانى ، لا يَسْقُطُ ؛ لأنَّه رَضِىَ بتَرْكِه بعِوَضٍ لم يَثْبُتْ له[8] ، فكان له الرُّجُوعُ إلى حَقِّه ، كما لو باعَه سِلْعةً بخَمْرٍ وقَبَّضَه إيَّاه . فعلى هذا ، له القِصاصُ إلَّا أنَّه لا يَقْتَصُّ إلَّا بعدَ انْدِمالِ الأُخْرَى ، وللجانِى دِيَةُ يَدِه . فإذا وَجَبَ للمَجْنِى عليه دِيَةُ يَدِه ، وكانت الدِّيَتانِ واحدةً ، تَقاصَّا ، وإن كانت إحْداهما أكثرَ[9] من الأُخْرَى ، كالرَّجُلِ مع المرأةِ ، وجَبَ الفَضْلُ[10] لصاحِبه .

فصل: وإذا قال المُقْتَصُّ للْجانِى : أَخْرِجْ يَمِينَكَ لأَقْطَعَها . فأخْرَجَ يَسارَه، فقَطَعَها، فعلى قولِ أبى بكرٍ، يُجْزِئُ ذلك، سَواءٌ قَطَعَها عالِمًا بها أو غيرَ عالِمٍ. وعلى قوْلِ ابن حامدٍ، إن أخْرَجَها عَمْدًا عالِمًا بأنَّها يَسارُه، وأنَّها لا تُجْزِئُ، فلا ضَمانَ على قاطِعِها/ ولا قَوَدَ؛ لأنَّه بذَلَها بإخْراجِه لها لا[11] على سَبِيلِ العِوَضِ ، وقد يقومُ الفِعْلُ فى ٩/٤٧و

---

(٤) فى م : « ولذلك » .

(٥) فى ب : « المقطعين » .

(٦) فى الأصل : « مصونه » . وفى ب : « مضمونه » .

(٧) فى الأصل : « سرايته » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) فى ب ، م : « أكبر » .

(١٠) فى ب ، م : « القصاص » .

(١١) فى الأصل : « إلا » .

ذلك مَقامَ النُّطْقِ ، بدليلِ أنَّه لا فَرْقَ بين قَوْلِه : خُذْ هذا فكُلْه . وبين اسْتِدْعاءِ ذلك منه ، فيُعْطِيه إيَّاه . ويفارِقُ هذا ما لو قطَعَ يَدَ إنسانٍ وهو ساكِتٌ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منه البَذْلُ ، ويُنْظَرُ فى المُقْتَصِّ ، فإن فَعَلَ ذلك عالِمًا بالحالِ[١٢] ، عُزِّرَ ؛ لأنَّه مَمْنوعٌ منه لحَقِّ الله تعالى . وهل يَسْقُطُ القِصاصُ فى الْيَمِينِ ؟ على وَجْهَيْن ؛ أحدهما ، يسقطُ ؛ لأنَّ قاطِعَ اليَسارِ تَعَدَّى بقَطْعِها ، ولأنَّه قَطَعَ إحْدَى يَدَيْه ، فلم يَمْلِكْ قَطْعَ اليَدِ الأُخْرَى ، كما لو قطَعَ يَدَ السَّارِقِ اليُسْرَى مَكانَ يَمِينِه ، فإنَّه لا يَمْلِكُ قَطْعَ يَمِينِه . والوَجْهُ الثانى ، أنَّه لا يَسْقُطُ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وفَرَّقُوا بين القِصاصِ وقَطْعِ السارِقِ من ثلاثة أوْجُه ؛ أحدها ، أنَّ الحَدَّ مَبْنِىٌّ على الإسْقاطِ ، بخلافِ القِصاصِ . والثانى ، أنَّ[١٣] اليَسارَ لا تُقْطَعُ فى السَّرِقةِ وإن عُدِمَتْ يَمينُه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ مَنْفعةَ الجِنْسِ فى الحَدِّ ، بخِلافِ القِصاصِ . والثالث ، أنَّ اليَدَ لو سَقَطَتْ بأكِلَةٍ[١٤] أو قِصاصٍ ، سَقَطَ القَطْعُ فى السَّرِقةِ ، فجاز أن يَسْقُطَ بقَطْعِ[١٥] اليَسارِ ، بخلافِ القِصاصِ ، فإنَّه لا يَسْقُطُ ، ويَنْتَقِلُ إلى البَدَلِ ، لكن لا تُقْطَعُ يَمِينُه حتى تَنْدَمِلَ يَسارُه ؛ لئلَّا يُؤَدِّىَ إلى ذهابِ نَفْسِه . فإن قيل : أليس لو قَطَعَ يَمِينَ رَجُلٍ ويَسارَ آخرَ ، لم يُؤَخَّرْ أحَدُهما إلى انْدِمالِ الآخَرِ ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينهما أنَّ القَطْعَيْنِ مُسْتَحقَّانِ قِصاصًا ، فلهذا جَمَعْنا بينهما ، وفى مَسْأَلَتِنا أحَدُهما غيرُ مُسْتَحَقٍّ ، فلم نَجْمَعْ بينهما ، فإذا انْدَمَلَتِ الْيَسارُ قَطَعْنا اليَمِينَ ، فإن سَرَى قَطْعُ اليسارِ إلى نَفْسِه ، كانت هَدْرًا ، ويجبُ فى تَرِكَتِه دِيَةُ اليَمِينِ[١٦] ؛ لتَعَذُّرِ الاسْتِيفاءِ فيها بمَوْتِه . وإن قال المُقْتَصُّ منه : لم أعْلَمْ أنَّها اليَسارُ ، أو ظَنَنْتُ أنَّها تُجْزِئُ عن اليَمِينِ . نَظَرْتَ فى المُسْتَوْفِى ، فإن عَلِمَ أنَّها يَسارُه ، وأنَّها لا تكونُ قِصاصًا ، ضَمِنَها بدِيَتِها ويُعَزَّرُ . وقال بعضُ الشافعيةِ : عليه القِصاصُ ؛ لأنَّه قطَعَها مع العِلْمِ بأنَّه

---

(١٢) فى ب : « بحال » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) الأكلة ، كفَرِحَة : داء فى العضو يأتكل منه .

(١٥) فى ب : « بقلع » .

(١٦) فى ب : « اليمنى » .

٤٧/٩ ظ ليس له قَطْعُها . ولَنا ، أنَّه قَطَعَها بِبَذْلِ صاحِبِها ، فلم / يجبْ عليه القِصاصُ ، كما لو عَلِمَ باذِلُها . وإن كان جاهِلًا ، فلا تَعْزِيرَ عليه ، وعليه الضَّمانُ بالدِّيَةِ ؛ لأنَّه بذَلَها له[١٧] على وَجْهِ البَذْلِ ، فكانت مَضْمُونةً عليه ، ولأنَّها مَضْمُونةٌ لو كان القاطِعُ عالِمًا بها ، وما وَجَبَ ضَمانُه فى العَمْدِ ، وَجَبَ فى الخطإ ، كإتْلافِ المالِ ، والقِصاصُ باقٍ له فى اليَمِينِ ، ولا تُقْطَعُ حتى تَنْدَمِلَ اليَسارُ ، فإذا انْدَمَلَتْ ، فله قَطْعُ اليَمِينِ[١٨] ، فإن عَفَا ، وَجَبَ بَدَلُها ، ويتقاصَّان ، وإن سَرَتِ اليَسارُ إلى نفسِه ، كانت مَضْمونةً بالدِّيَةِ الكامِلةِ ، وقد تعذَّرَ قَطْعُ اليَمِينِ[١٨] ، ووَجَبَ له نِصْفُ الدِّيَةِ ، فيتقاصَّان به ، ويَبْقَى نِصْفُ الدِّيَةِ لِوَرَثةِ الجانِى . وإن اخْتلَفا فى بَذْلِها ، فقال الجانِى : إنَّما بذَلْتُها بَدَلًا عن اليَمِينِ . وقال المَجْنِىُّ عليه : بذَلْتَها بغيرِ[١٩] عِوَضٍ . أو قال : أخْرَجْتُها دَهْشَةً . فقال : بل عالِمًا . فالقولُ قولُ الجانِى ؛ لأنَّه أعْلَمُ بنِيَّتِه ، ولأنَّ الظاهِرَ أنَّ الإنسانَ لا يَبْذُلُ طَرَفَه للقَطْعِ تبَرُّعًا ، مع أنَّ عليه قَطْعًا مُسْتَحقًّا . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وإن كان باذِلُ اليَسارِ مجنونًا مثل أن يُجَنَّ بعدَ وُجُوبِ القِصاصِ عليه ، فعلى قاطِعِها ضَمانُها بالقِصاصِ إن كان عالِمًا ، وبالدِّيَةِ إن كان مُخْطِئًا ؛ لأنَّ بَذْلَ المجنونِ ليس بشُبْهةٍ . وإن كان مَنْ له القِصاصُ مجنونًا ، ومَن عليه القِصاصُ عاقِلًا ، فأخْرَجَ إليه يَسارَه أو يَمِينَه فقَطَعَها ، ذَهَبَتْ هَدْرًا ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ منه الاسْتِيفاءُ ، ولا يجوزُ البَذْلُ له ، ولا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه أتْلَفَها بِبَذْلِ صاحِبِها ، لكنْ إن كان المقطوعُ اليُمْنَى ، وقد[٢٠] تعذَّرَ استيفاءُ القِصاصِ فيها لتَلَفِها ، فيكونُ للمَجْنُونِ دِيَتُها . وإن وَثَبَ المجنونُ عليه فقَطَعَ يَدَه التى لا قِصاصَ فيها ، فعلى عاقِلَتِه دِيَتُها ، وله القِصاصُ فى الأُخْرَى ، وإن قَطَعَ الأُخْرَى ، فهو مُسْتَوْفٍ حَقَّه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ حَقَّه مُتَعَيِّنٌ فيها ، فإذا أخَذَها قَهْرًا ، سَقَطَ حَقُّه ، كما لو أتْلَفَ وَدِيعَتَه . والثانى ، لا يَسْقُطُ حقُّه ، وله عَقْلُ يَدِه ، وعَقْلُ يَدِ الجانى على عاقِلَتِه ؛

---

(١٧) سقط من : ب ، م .
(١٨) فى الأصل : « اليمنى » .
(١٩) فى م : « فى غير » .
(٢٠) فى الأصل ، م : « فقد » .

لأنَّ المجنونَ لا يَصِحُّ منه الاسْتِيفاءُ . ويُفارِقُ الوَدِيعةَ إذا أتْلَفها ؛ لأنَّها تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، / وليس لها بَدَلٌ إذا تَلِفَتْ بذلك ، واليَدُ بخِلافِه ، فإنَّها لو تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، كانتْ عليه دِيتُها ، وكذلك الصغيرُ ، وكذلك الحُكْمُ فيهما إذا قَتَلَا قاتِلَ أبِيهما عَمْدًا ، وإن اقْتَصَّا من الجانِي ما لا تَحْمِلُه عاقِلَتُه ، كما دُونَ الثُّلُثِ ، كقَطْعِ إصْبَعٍ ونحوِها ، سَقَطَ حَقُّهُما ؛ لأنَّ ذلك يَقْتَضِي الدِّيَةَ فى ذِمَّتِهما ، ولهما فى ذِمَّةِ الجانِي مثلُ ذلك ، فيتقاصَّان . وإن كانت دِيَتُهما مُخْتلفةً ، كالمسلمِ والذِّمِّيِّ ، والرجلِ والمرأةِ ، فإن قُلْنا : يكُونان مُسْتَوْفِيَيْنِ لحَقِّهِما بالقَطْعِ . لم يَبْقَ لهما حَقٌّ ، كما لو أتْلَفَا وَدِيعَتَهُما . وإن قُلْنا : لا يكونان مُسْتَوْفِيَيْنِ . يُقاصُّ من الدِّيَتَيْنِ بقَدْرِ الأدْنَى منهما ، ووَجَبَ الفَضْلُ للصَّبِيِّ والمجنونِ . وإن كانت الجنايةُ عليهما أو على وَلِيِّهما خطأً تحملُه العاقِلَةُ ، فاسْتَوْفَيا القِصاصَ ، لم يَسْقُطْ حَقُّهما ، وَجْهًا واحدًا ، وكانت دِيَةُ مَن اسْتَوْفَيَا منه على عاقِلَتِهما مُؤَجَّلةً ، ودِيَةُ الجنايةِ عليهما أو على وليِّهما على عاقِلةِ الجانِي مُؤَجَّلَةً .

فصل : وسِرَايَةُ القَوَدِ غيرُ مَضْمُونةٍ . ومعناه أنَّه إذا قَطَعَ طَرَفًا يجبُ القَوَدُ فيه ، فاسْتَوْفَى منه المَجْنِيُّ عليه ، ثم ماتَ الجانِي بسِرَايةِ الاسْتِيفاءِ ، لم يَلْزَم المُسْتَوْفِيَ شيءٌ . وبهذا قال الحسنُ ، وابن سِيرِينَ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورُوِيَ ذلك عن أبي بكرٍ ، وعمرَ ، وعليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . وقال عَطاءٌ ، وطاوسٌ ، وعمرُو بن دِينار ، والحارثُ العُكْلِيُّ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وأبو حنيفةَ : عليه الضمانُ . قال[21] أبو حنيفةَ : عليه كمالُ الدِّيَةِ فى مالِه . وقال غيرُه : هى على عاقِلَتِه ؛ لأنَّه فَوَّتَ نَفْسَه ، ولا يَسْتَحِقُّ إلَّا طَرَفَه ، فلَزِمَتْه دِيَتُه ، كما لو ضَرَبَ[22] عُنُقَه ، ولأنَّها سِرَايةُ قَطْعٍ مَضْمُونٍ ، فكانت مَضْمُونةً ، كسِرَايةِ الجِنايةِ ، والدَّليلُ على أنَّه مَضْمونٌ ، [23]أنه مضمونٌ[23] بالقَطْعِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه فى

---

(21) فى الأصل : « وقال » .

(22) سقط من : ب .

(23-23) سقط من : ب .

مُقَابَلَتِه . ولَنا ، أنَّ عمرَ ، وعَلِيًّا ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، قالا[٢٤] : مَنْ مات مِن حَدٍّ أو قِصاصٍ لا دِيَةَ له ، الحَقُّ قتلَه . رواه سعيدٌ بمعناه[٢٥] . ولأنَّه قَطْعٌ مُسْتَحَقٌّ مُقَدَّرٌ ، فلا تُضْمَنُ سِرَايَتُه ، كقَطْعِ السارقِ . / وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنَّه ليس ما فَعَلَه مُسْتَحَقًّا . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين سِرايَتِه إلى النَّفْسِ ، بأن يَمُوتَ منها ، أو إلى ما دُونَها ، مثل أن يَقْطَعَ إصْبَعًا فتَسْرِىَ إلى كَفِّه .

٩/٤٨ظ

فصل : وسِرَايةُ الجِنايةِ مَضْمونةٌ بلا خلافٍ ؛ لأنَّها أثَرُ الجِنايةِ ، والجِنايةُ مَضْمونةٌ ، فكذلك أثَرُها . ثم إن سَرَتْ إلى النَّفْسِ ، وما لا يُمْكِنُ مُباشَرَتُه بالإتْلافِ ، مثل أن يَهْشِمَه فى رَأْسِه فيَذْهَبَ ضَوْءُ عَيْنَيْه ، وَجَبَ القِصاصُ فيه ، ولا خِلافَ فى ذلك فى النَّفْسِ ، وفى ضَوْءِ العينِ خِلافٌ قد ذَكَرْناه فيما تقَدَّمَ . وإن سَرَتْ إلى ما يُمْكِنُ مُباشَرَتُه بالإتْلافِ ، مثل إن قَطَعَ إصْبَعًا ، فتآكَلَتْ أُخْرَى وسَقَطَتْ من مَفْصِلٍ ، ففيه القِصاصُ أيضًا ، فى قولِ إمامِنا ، وأبى حنيفةَ ، ومحمدِ بن الحسنِ . وقال أكثرُ الفقهاءِ : لا قِصاصَ فى الثانية ، وتجبُ دِيَتُها ؛ لأنَّ ما أمْكَنَ مُباشَرَتُه بالجِنايةِ لا يَجِبُ القَوَدُ فيه بالسِّرايةِ ، كما لو رَمَى سَهْمًا فمَرَقَ منه إلى آخَرَ . ولَنا ، أنَّ ما وَجَبَ فيه القَوَدُ بالجِنايةِ ، وَجَبَ بالسِّرايةِ ، كالنَّفْسِ وضَوْءِ العَيْنِ ، ولأنَّه أحدُ نَوْعَىِ القِصاصِ ، فأشْبَهَ ما ذَكَرْنا[٢٦] . وفارَقَ ما ذكَرُوه ؛ فإنَّ ذلك فِعْلٌ وليس بسِرَايةٍ ، ولأنَّه لو قَصَدَ ضَرْبَ رَجُلٍ فأصابَ آخَرَ ، لم يَجِب القِصاصُ ، ولو قَصَدَ قَطْعَ إبْهامِه فقَطَعَ سَبَّابَتَه ، وَجَبَ القِصاصُ ، ولو ضَرَبَ إبْهامَه فمَرَقَ إلى سَبَّابَتِه ، وجَبَ القِصاصُ فيهما ، فافْتَرَقَا . ولأنَّ الثانيةَ تَلِفَتْ بفِعْلٍ أوْجَبَ القِصاصَ ، فوَجَبَ القِصاصُ فيها ، كما لو رَمَى إحْداهما فمَرَقَ إلى الأُخْرَى . فأمَّا إن قَطَعَ إصْبَعًا ، فشَلَّتْ إلى جانِبِها أُخْرَى ، وَجَبَ

---

(٢٤) فى م : « قال » .

(٢٥) وأخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل يموت فى قصاص الجرح ، من كتاب الديات . السنن الكبرى ٨/٦٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب الانتظار بالقود أن يبرأ ، من كتاب العقول . المصنف ٩/٤٥٧ ، ٤٥٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من قال ليس عليه دية إذا مات فى قصاص ، من كتاب الديات . المصنف ٩/٣٤١ ، ٣٤٣ .

(٢٦) فى ب : « ذكرناه » .

القِصاصُ فى المَقْطُوعةِ حَسْبُ والأرْشُ[٢٧] فى الشَّلَّاءِ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وقال أبو حنيفةَ : لا قِصاصَ فيهما ، ويَجِبُ أرْشُهما جميعًا ؛ لأنَّ حُكْمَ السِّرَايةِ لا يَنْفرِدُ عن الجِنايةِ ، بدليلِ ما لو سَرَتْ إلى النَّفْسِ ، فإذا لم يَجِبِ القصاصُ فى إحْداهما ، لم يَجِبْ فى الأُخْرَى . ولَنا ، أنَّها جِنايةٌ مُوجِبةٌ للقِصاصِ لو لم تَسْرِ ، فأوْجَبَتْه إذا سَرَتْ ، كالتى تَسْرِى إلى سُقُوطِ أُخرَى ، وكما لو قَطَعَ يَدَ حُبْلَى فسَرَى إلى جَنِينِها . وبهذا يَبْطُلُ ما ذكَرَه[٢٨] . وفارَقَ الأصْلَ ؛ لأنَّ السِّرايةَ مُقْتَضِيةٌ للقِصاصِ ، كاقْتِضاءِ الفِعْلِ له ، فاسْتَوَى حُكْمُهما / ، وههُنا بخِلافِه ، ولأنَّ ما ذكَره[٢٨] غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ القَطْعَ إذا سَرَى إلى النَّفْسِ ، سَقَطَ القِصاصُ فى القَطْعِ ، ووَجَبَ فى النَّفْسِ ، فخالَفَ حكمُ الجِنايةِ حكمَ السِّرايةِ ، فسَقَطَ ما قاله . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن الأرْشَ يَجِبُ فى مالِه ، ولا تَحْمِلُه العاقِلَةُ ؛ لأنَّه جِنايةُ عَمْدٍ ، وإنَّما لم يَجِبِ القِصاصُ فيه لعَدَمِ المُماثلةِ فى القَطْعِ[٢٩] والشَّلَلِ ، فإذا قَطَعَ إصْبَعَه فشَلَّتْ أصابِعُه الباقِيةُ وكَفُّه ، فعَفَا عن القِصاصِ ، وَجَبَ له نِصْفُ الدِّيَةِ ، وإن اقْتَصَّ من الإصْبَعِ ، فله فى الأصابعِ الباقيةِ أربعونَ من الإبِلِ ، ويَتْبَعُها ما حاذَاها من الكَفِّ ، وهو أرْبَعةُ أخْماسِه ، فيَدْخُلُ أرْشُه فيها ، ويَبْقَى خُمْسُ الكَفِّ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يَتْبَعُها فى الأرْشِ ، فلا[٣٠] شىءَ فيه . والثانى ، فيه الحكومةُ ؛ لأنَّ ما يُقابِلُ الأرْبَعَ تَبِعَها فى الأرْشِ ؛ لِاسْتِوائِهما فى الحُكْمِ ، وحُكْمُ التى اقْتصَّ منها مُخالِفٌ لحُكْمِ الأرْشِ ، فلم يَتْبَعْها .

٤٩/٩و

فصل : ولا يجوزُ القِصاصُ فى الطَّرَفِ إلَّا بعدَ انْدِمالِ الجُرْحِ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . ورُوِىَ ذلك عن عَطاءٍ ، والحسنِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ

---

(٢٧) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢٨) فى ب : « ذكروه » .

(٢٩) فى النسخ : « قطع » .

(٣٠) فى ب ، م : « ولا » .

يَرَى الانْتِظارَ بالجُرْحِ حتى يَبْرَأَ . ويتَخَرَّجُ لنا ، أنَّه يجوزُ الاقْتِصاصُ قبلَ البُرْءِ ، بناءً على قولِنا : إنَّه إذا سَرَى إلى النَّفْسِ ، يَفْعَلُ به[31] كما فَعَلَ . وهذا قولُ الشافعيِّ ، قال : ولو سأَلَ القَوَدَ ساعةَ قُطِعَتْ إصْبَعُه ، أقَدْتُه ؛ لما رَوَى جابرٌ ، أنَّ رَجُلًا طَعَنَ رجلًا بقَرْنٍ فى رُكْبَتِه ، فقال : يا رسولَ اللهِ ، أقِدْنِى . قال : « حَتَّى تَبْرَأَ » . فأبَى ، وعَجَّلَ ، فاسْتَقادَ له رسولُ اللهِ ﷺ ، فعِيبَتْ رِجْلُ المُسْتَقِيدِ ، وبَرَأَتْ رجلُ المُسْتَقادِ منه . فقال النَّبىُّ ﷺ : « لَيْسَ لَكَ شَىْءٌ ، إنَّكَ[31] عَجِلْتَ » . رَوَاه سعيدٌ مُرْسَلًا[32] . ولأنَّ القِصاصَ من الطَّرَفِ لا يَسْقُطُ بالسِّرايةِ ، فوَجَبَ أن يَمْلِكَه فى الحالِ ، كما لو بَرَأَ . ولَنا ، ما رَوَى جابرٌ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ : نَهَى أن يُسْتَقَادَ من الجارِحِ[33] حتى يَبْرَأَ المَجْرُوحُ . / ورواه الدَّارَقُطْنِىُّ[34] ، عن عمرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن النَّبِىِّ ﷺ . ولأنَّ الجُرْحَ لا يُدْرَى أقَتْلٌ هو أم ليس بقَتْلٍ ، فيَنْبَغِى أن يُنْتَظَرَ ليُعْلَمَ ما حُكْمُه ؟ فأمَّا حَدِيثُهم ، فقد رَوَاه الدَّارَقُطْنِىُّ ، وفى سِياقِه ، فقال : يا رسولَ اللهِ ، عَرَجْتُ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « قَدْ نَهَيْتُكَ فَعَصَيْتَنِى ، فأَبْعَدَكَ اللهُ ، وبَطَلَ عَرَجُكَ » . ثم نَهَى أن يُقْتَصَّ من جُرْحٍ حتى يَبْرَأَ صاحِبُه . وهذه زِيادةٌ يجبُ قَبُولُها ، وهى متأَخِّرَةٌ عن الاقْتِصاصِ ، فتكونُ ناسِخةً له . وفى نفسِ الحديثِ ما يَدُلُّ على أنَّ اسْتِقادَتَه[35] قبلَ البُرْءِ مَعْصِيَةٌ ؛ لقَوْلِه : « قَدْ نَهَيْتُكَ فَعَصَيْتَنِى » . وما ذكَرُوه مَمْنُوعٌ ، وهو مَبْنِىٌّ[36] الخِلافِ .

٤٩/٩ ظ

فصل : فإنِ اقْتَصَّ قبلَ الانْدِمالِ ، هُدِرَتْ سِرايةُ الجِنايةِ . وقال أبو حنيفةَ ،

---

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) وأخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ٣/٨٨ ، ٨٩ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى الاستثناء بالقصاص من الجرح والقطع ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٨/٦٧ .

(٣٣) فى الأصل ، ب : « الجرح » . وفى م : « الجروح » . والمثبت من : سنن الدارقطنى ، والسنن الكبرى .

(٣٤) أخرج الدارقطنى حديثى جابر وعمرو بن شعيب ، فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ٣/٨٨ . وأخرج الإمام أحمد حديث عمرو بن شعيب ، فى : المسند ٢/٢١٧ .

(٣٥) فى الأصل « استفائه » .

(٣٦) فى ب ، م زيادة : « على » .

والشافعىُّ : بل هى مَضْمُونةٌ ؛ لأنَّها سِرَايةُ جِنَايةٍ ، فكانت مَضْمُونةً ، كما لو لم يَقْتَصَّ . ولَنا ، الخبرُ المذكورُ ، ولأنه استَعْجَلَ ما لم يكُنْ له استِعْجالُه ، فبَطَلَ حَقُّه ، كقاتِلِ مَوْرُوثِه ، وبهذا فارَقَ مَنْ لم يَقْتَصَّ . فعلى هذا ، لو سَرَى القَطْعانِ جميعًا ، فمات الجانِى والمُسْتَوْفِى ، فهما هَدْرٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَجبُ ضَمانُ كلِّ واحِدٍ منهما ؛ (٣٧لأنَّ سِرَايةَ كلِّ واحِدٍ منهما٣٧) مَضْمونةٌ ، ثم يتقاصَّان فيَسْقُطانِ . وقال الشافعىُّ : إن ماتَ المَجْنِىُّ عليه أوَّلًا ، ثم مات الجانِى ، كان قِصاصًا به(٣٨) ؛ لأنَّه مات من سِرَايةِ القَطْعِ ، فقد مات بفِعْلِ المَجْنِىِّ عليه ، وإن مات الجانِى ، فكذلك فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخرِ ، يكونُ مَوْتُ الجانِى هَدْرًا ، ولوَلِىِّ المَجْنِى عليه نِصْفُ الدِّيَةِ . فأمَّا إن سَرَى أحدُ القَطْعَيْنِ دون صاحِبِه ، فعندَنا هو هَدْرٌ ، لا ضَمانَ فيه . وعند أبى حنيفةَ ، يجبُ ضَمانُ سِرَايتِه . وعندَ الشافعىِّ ، إن سَرَتِ الجِنايةُ فهى مَضْمُونةٌ ، وإن سَرَى الاستِيفاءُ ، لم يَجِبْ ضَمانُه . ومَبْنَى ذلك على ما تقَدَّمَ من الخِلافِ .

فصل : وإن انْدَمَلَ جُرْحُ الجِنايةِ ، فاقْتَصَّ منه ، ثم انْتَقَضَ فسَرَى ، فسِرَايتُه مَضْمُونةٌ ، وسِرَايةُ الاستِيفاءِ غيرُ مَضْمُونةٍ ؛ لأنَّه اقْتَصَّ بعدَ جَوازِ الاقْتِصاصِ . فعلى هذا ، لو قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، فبَرَأَ ، فاقْتَصَّ ، ثم انْتَقَضَ جُرْحُ المَجْنِىِّ عليه ، / فمات ، فلوَلِيِّه قَتْلُ الجانِى ، لأنَّه مات من جِنَايَتِه ، وإن عَفَا إلى الدِّيَةِ ، فلا شىءَ له ، لأنَّه اسْتَوْفَى بالقَطْعِ ما قِيمَتُه دِيَةٌ وهو يَدَاه ، وإن سَرَى الاستِيفاءُ ، لم يَجِبْ أيضًا شىءٌ ؛ لأنَّ القِصاصَ قد سَقَطَ بمَوتِه ، والدِّيَةُ لا يُمْكِنُ إيجابُها ؛ لما ذكَرْنا . وإن كان المَقْطوعُ بالجِنايةِ يَدًا ، فوَلِيُّه بالخِيارِ بين القِصاصِ فى النَّفْسِ وبين العَفْوِ إلى نِصْفِ الدِّيَةِ . ومتى سَقَطَ القِصاصُ بمَوْتِ الجانِى أو غيرِه ، وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ فى تَرِكَةِ الجانِى ، أو مالِه إن كان حَيًّا .

٩/٥٠و

(٣٧-٣٧) سقط من : م . نقل نظر .

(٣٨) سقط من : م .

فصل : ولو قَطَعَ كِتَابِيٌّ يَدَ مسلمٍ، فبَرَأَ واقْتَصَّ[39] ، ثم انْتَقَضَ جُرْحُ المُسْلِمِ فمات ، فلوَلِيِّه قَتْلُ الكِتَابِيِّ ، والعَفْوُ إلى أرْشِ الجُرْحِ ، وفى قَدْرِهِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لأنَّه قد اسْتَوْفَى بَدَلَ يَدِه بالقِصاصِ ، وبَدَلُها نِصْفُ دِيَتِهِ ، فبَقِىَ له نِصْفُها ، كما لو كان القاطِعُ مُسْلِمًا . والثانى ، له ثلاثةُ أرْباعِها ؛ لأنَّ يَدَ اليَهُودِىِّ تَعْدِلُ نِصْفَ دِيَتِه ، وذلك رُبْعُ دِيَةِ المسلمِ ، فقد اسْتَوْفَى رُبْعَ دِيَتِه ، وبَقِىَ له ثلاثةُ أرْباعِها . وإن كان قَطَعَ يَدَىِ المسلمِ ، فاقْتَصَّ منه ، ثم مات المسلمُ ، فعَفَا وَلِيُّه إلى مالٍ ، انْبَنَى على الوَجْهَيْنِ ؛ إن قُلْنا : تُعْتَبَرُ قيمةُ اليَهُودِىِّ . فله هٰهُنا نِصْفُ الدِّيَةِ ، وإن قُلْنا : الاعتبارُ بقِيمَةِ يَدِ المسلمِ . فلا شىءَ له هٰهُنا ؛ لأنَّه قد اسْتَوْفَى بَدَلَ يَدَيْه ، وهما جَمِيعُ دِيَتِهِ . ولو كان القَطْعُ فى يَدَيْه ورِجْلَيْه ، فعَفَا إلى الدِّيَةِ ، لم يكُنْ له شىءٌ ، وجهًا واحدًا ؛ لأنَّ دِيَةَ ذلك دِيَةُ مسلمٍ . ولو كان الجانى امرأةً على رجلٍ ، فالحُكْمُ على ما ذكَرْنا سَواءً ؛ لأنَّ دِيَتَها نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ .

فصل : إذا قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ من الكُوعِ ، ثم قَطَعَها آخَرُ من المَرْفِقِ ، فمات بسِرَايَتِهما ، فلوَلِيِّه قَتْلُ القاطِعَيْنِ ، وليس له أن يَقْطَعَ طَرَفَيْهما ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ، له قَطْعُ يَدِ القاطعِ من الكُوعِ . فإن قَطَعَها ، ثم عَفَا عنه ، فله نِصْفُ الدِّيَةِ ، وأمَّا الآخَرُ ، فإن كانتْ يَدُه مَقْطوعةً من الكُوعِ ، فقَطَعَها من المَرْفِقِ ، ثم عَفَا ، فله دِيَةٌ ، (40) إلَّا قَدْرَ (40) الحكومةِ فى الذِّرَاعِ . ولو كانت يَدُ القاطعِ من المَرْفِقِ صَحِيحةً ، لم يَجُزْ قَطْعُها ، رِوَايةً واحدةً ؛ لأنَّه يأخُذُ صَحِيحةً بمَقْطُوعةٍ . وإن قَطَعَ أيْدِيَهما ، وهما صَحِيحَتانِ ، أو قَطَعَ / رَجُلانِ يَدَيْهِ ، فقَطَعَ يَدَيْهِما ، ثم سَرَتِ الجِنايةُ ، فمات من قَطْعِهِما ، فليس لوَلِيِّه العفوُ على الدِّيَةِ ؛ لأنَّه قد اسْتَوْفَى ما قِيمَتُه دِيَةٌ . وإن اختار قَتْلَهما ، فله ذلك .

٥٠/٩ ظ

---

(39) فى ب ، م : « أو اقتص » .

(40-40) فى م : « الأقدار » خطأ .

فصل[٤١] : ولا يجوزُ أن يقْتَصَّ من حامِلٍ قبلَ وَضْعِها ، سواءٌ كانت حامِلًا وقتَ الجنايةِ ، أو حَمَلَتْ بعدَها قبلَ الاسْتِيفاءِ ، وسواءٌ كان القِصاصُ فى النَّفْسِ أو فى الطَّرَفِ ؛ أمَّا فى النَّفْسِ فلِقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ﴾[٤٢] . وقَتْلُ الحاملِ قتلٌ لغيرِ القاتلِ ، فيكونُ إسْرافًا . ورَوَى ابن ماجَه[٤٣] ، بإسنادِه عن عبدِ الرحمنِ بن غَنْمٍ ، قال : ثنا مُعاذُ بن جَبَلٍ ، وأبو عُبَيْدةَ بن الجَرَّاحِ ، وعُبَادةُ بن الصامِتِ ، وشَدَّادُ ابن أوْسٍ ، قالوا : إنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « إذَا قَتَلَتِ الْمَرْأَةُ عَمْدًا ، لَمْ تُقْتَلْ حَتَّى تَضَعَ مَا فِى بَطْنِها إنْ كَانَتْ حَامِلًا ، وحَتَّى تَكْفُلَ وَلَدَهَا ، وإنْ زَنَتْ ، لَمْ تُرْجَمْ حَتَّى تَضَعَ مَا فِى بطْنِها ، وحَتَّى تَكْفُلَ وَلَدَها » . وهذا نَصٌّ ، ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال لِلْغامِدِيَّةِ المُقِرَّةِ بالزِّنَى : « ارْجِعِى حَتَّى تَضَعِى مَا فِى بَطْنِكِ » . ثم قال لها : « ارْجِعِى حَتَّى تُرْضِعِيهِ »[٤٤] . ولأنَّ هذا إجْماعٌ من أهلِ العلمِ لا نعلمُ بينهم فيه اخْتِلافًا . وأمَّا القِصاصُ فى الطَّرَفِ ، فلأنَّنا مَنَعْنا الاسْتِيفاءَ فيه خَشْيةَ السِّرَايةِ إلى الجانِى ، أو إلى زِيادَةٍ فى حَقِّه ، فَلأَنْ نَمْنَعَ منه خَشْيةَ السِّرايةِ إلى غيرِ الجانِى ، وتَفْوِيتِ[٤٥] نَفْسٍ مَعْصُومةٍ ، أَوْلَى وأَحْرَى ، ولأنَّ فى القِصاصِ منها قَتْلًا لغيرِ الجانِى ، وهو حَرامٌ . وإذا وضَعَتْ ، لم تُقْتَلْ حتى تَسْقِىَ الوَلَدَ اللِّبَأَ ؛ لأنَّ الوَلَدَ لا يَعِيشُ إلَّا به فى الغالِبِ ، ثم إن لم يَكُنْ للوَلَدِ مَنْ يُرْضِعُه ، لم يَجُزْ قَتْلُها حتى يَجِىءَ أَوانُ فِطَامِه ؛ لما ذكَرْنا من الخَبَرَيْنِ ، ولأنَّه لمَّا أُخِّرَ الاسْتِيفاءُ لحِفْظِهِ وهو حَمْلٌ ، فَلأَنْ يُؤَخَّرَ لحِفْظِه بعدَ وَضْعِه أَوْلَى ، إلَّا أن يكونَ القِصاصُ فيما دُونَ النَّفْسِ ، ويكونَ الغالبُ بقاءَها ، وعَدَمَ ضَرَرِه بالاسْتِيفاءِ منها ، فيُسْتَوْفَى . وإن وُجِدَ له مُرْضِعَةٌ راتِبةٌ ، جاز قَتْلُها ؛ لأنَّه يَسْتَغْنِى بلَبَنِها ، وإن كانتْ / مُتَرَدِّدةً ، أو ٥١/٩و

---

(٤١) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٤٢) سورة الإسراء ٣٣ .

(٤٣) فى : باب الحامل يجب عليها القود ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٨ ، ٨٩٩ .

(٤٤) أخرجه مسلم ، فى : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣/١٣٢٢ ، ١٣٢٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢/٨٢١ ، ٨٢٢ . وانظر الجزء الثانى عشر صفحة ٣١١ ، ٣١٢ .

(٤٥) سقطت الواو من : م .

جماعةٌ يتناوبْنَه ، أو أمْكَنَ أن يُسْقَى من لَبَنِ شاةٍ أو نحوِها ، جاز قَتْلُها . ويُسْتَحَبُّ للوَلِيِّ تأْخِيرُها ؛ لما على الوَلَدِ من[46] الضَّرَرِ ، لِاخْتِلافِ اللَّبَنِ عليه ، وشُرْبِ لَبَنِ البَهِيمةِ .

فصل : وإذا ادَّعَتِ الحَمْلَ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تُحْبَسُ حتى يتَبَيَّنَ حَمْلُهَا ؛ لأنَّ للحَمْلِ أماراتٍ خَفِيَّةً ، تَعْلَمُها من نَفْسِها ، ولا يَعْلَمُها غيرُها ، فوَجَبَ أن يُحْتاطَ للحَمْلِ ، حتى يَتَبيَّنَ انْتِفاءُ ما ادَّعَتْه ، ولأنَّه أمْرٌ يَخْتَصُّها ، فقُبِلَ قَوْلُها فيه ، كالحَيْضِ . والثانى ، ذكَرَه القاضى ، أنَّها تُرَى أَهْلَ الخِبْرَةِ ، فإن شَهِدْنَ بحَمْلِها أُخِّرَتْ ، وإن شهدنَ ببراءَتِها لم تُؤَخَّر ؛ لأنَّ الحَقَّ حالٌّ عليها ، فلا يُؤَخَّرُ بمُجَرَّدِ دَعْواها .

فصل : وإن اقْتَصَّ من حاملٍ فقد أَخْطَأَ ، وأخْطَأَ السُّلْطانُ الذى مَكَّنَه من الاسْتِيفاءِ ، وعليهما الإِثْمُ إن كانا عالِمَيْنِ ، أو كان منهما تَفْرِيطٌ ، وإن عَلِمَ أحَدُهُما أو فَرَّطَ ، فالإِثْمُ عليه ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن لم تُلْقِ الوِلَدَ ، فلا ضَمَانَ فيه ؛ لأنَّا لم نَتَحَقَّقْ وُجودَه وحَياتَه ، وإن انْفَصَلَ مَيِّتًا أو حَيًّا لوَقْتٍ لا يَعِيشُ فى مثلِه ، ففيه غُرَّةٌ ، وإن انْفَصَلَ حيًّا لوقتٍ يعيشُ مثلُه ، ثم ماتَ من الجنايةِ ، وجَبَتْ فيه دِيَةٌ . وعلى مَنْ يَجبُ ضَمانُه ؟ نَنْظُرُ ؛ فإن كان الإمامُ والوَلِيُّ عالِمَيْنِ بالحَمْلِ وتَحْرِيمِ الاسْتِيفاءِ ، أو جاهِلَيْنِ بالأمْرَيْنِ ، أو بأحَدِهما ، أو كان الولِيُّ عالمًا بذلك دُونَ المُمَكِّنِ له من الاسْتيفاءِ ، فالضَّمانُ عليه وَحْدَه ؛ لأنَّه مُباشِرٌ ، والحاكمُ المُمَكِّنُ له صاحبُ سَبَبٍ ، ومتى اجْتَمَعَ المباشرُ مع المُتَسَبِّبِ ، كان الضمانُ على المُباشِرِ دونَ المُتَسَبِّبِ ، كالحافرِ مع الدَّافعِ ، وإن عَلِمَ الحاكمُ دُونَ الوَلِيِّ ، فالضمانُ على الحاكمِ وحدَه ؛ لأنَّ المُباشِرَ مَعْذُورٌ ، فكان الضَّمانُ على المُتسبِّبِ ، كالسَّيِّدِ إذا أمَرَ عَبْدَه بالقَتْلِ ، والعَبْدُ أَعْجَمِيٌّ لا يَعْرِفُ تَحْرِيمَ القَتْلِ ، وكَشُهُودِ القِصاصِ إذا رَجَعُوا عن الشَّهادةِ بعد الاسْتِيفاءِ . وقال القاضى : إن كان أحَدُهما عالمًا وحدَه ، فالضَّمانُ عليه وحدَه ، وإن كانا عالِمَيْنِ ، فالضمانُ على الحاكمِ ؛ لأنَّه الذى يَعْرِفُ الأحكامَ ، والوَلِيُّ إنَّما يَرْجِعُ إلى حُكْمِه واجْتِهادِه ،

---

(46) فى الأصل : « فى » .

٩/٥١ظ

وإن كانا جاهِلَيْنِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، / الضمانُ على الإمامِ ، كما[٤٧] لو كانا عالِمَيْنِ . والثانى ، على الوَلِىِّ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وقال أبو الخَطَّابِ : الضَّمانُ على الحاكمِ ، ولم يُفَرِّقْ . وقال المُزَنِىُّ : الضَّمانُ على الوَلِىِّ فى كلِّ حالٍ ؛ لأنَّه المُباشِرُ ، والسَّبَبُ غيرُ مُلْجِىءٍ ، فكان الضَّمانُ عليه ، كالحافرِ مع الدَّافعِ ، وكما لو أمَرَ من يَعْلَمُ تَحْريمَ القَتْلِ به فقَتَلَ . وقد ذكَرْنا ما يَقْتَضِى التَّفْريقَ . واللهُ أعلمُ .

١٤٥٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْقَاطِعُ سَالِمَ الطَّرَفِ ، والمَقْطُوعَةُ شَلَّاءَ ، فَلَا قَوَدَ)

لا نعلمُ أحدًا من أهلِ العلمِ قال بوُجُوبِ قَطْعِ يَدٍ أو رِجْلٍ أو لِسانٍ صحيحٍ بأشَلَّ ، إلَّا ما حُكِىَ عن داودَ ، أنَّه أوْجَبَ ذلك ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُسَمًّى باسْمِ صاحِبِه ، فيُؤْخَذُ به ، كالأُذُنَيْنِ . ولَنا ، أنَّ الشَّلَّاءَ لا نَفْعَ فيها سِوَى الجمالِ ، فلا يُؤْخَذُ بها ما فيه نَفْعُه[١] ، كالصَّحِيحةِ[٢] لا تُؤْخَذُ بالقائمةِ[٣] ، وما ذُكِرَ له قِياسٌ ، وهو لا يقولُ بالقياسِ ، وإذا لم يُوجِبِ القِصاصَ فى العَيْنَيْنِ مع قولِ اللهِ تعالى : ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾[٤] . لأجْلِ تَفاوُتِهِما فى الصِّحَّةِ والعَمَى ، فلأَنْ لا يُوجِبَ[٥] ذلك فيما لا نَصَّ فيه أوْلَى .

فصل : وإن قَطَعَ أُذُنًا شَلَّاءَ ، أو أنْفًا أشَلَّ ، فهل يُؤْخَذُ به الصَّحِيحُ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يُؤْخَذُ به ، كسائرِ الأعْضاءِ . والثانى ، يُؤْخَذُ به ؛ لأنَّ نَفْعَه لا يَذْهَبُ بشَلَلِه ، فإنَّ نَفْعَ الأُذُنِ جَمْعُ الصَّوْتِ ، ورَدُّ الهَوامِّ ، وسَتْرُ مَوْضِعِ السَّمْعِ ، ونَفْعَ الأنْفِ جَمْعُ الرِّيحِ ، ورَدُّ الهَواءِ والهَوَامِّ[٦] ، فقد ساوَى الصَّحِيحَ فى الجمالِ والنَّفْعِ ،

---

(٤٧) فى ب : « وكما » .
(١) فى م : « نفع » .
(٢) أى : العين الصحيحة ، كما جاء فى الشرح الكبير .
(٣) العين القائمة هى التى ذهب بصرها والحدقة صحيحة .
(٤) سورة المائدة ٤٥ .
(٥) فى م : « يجب » .
(٦) فى ب ، م : « أو الهوام » .

فوَجَبَ أَخْذُ كلِّ واحدٍ منهما بالآخَرِ ، كالصَّحِيحِ بالصَّحِيحِ ، بخِلافِ اليَدِ والرِّجْلِ . وللشافعىِّ قَوْلان كالوَجْهَيْن .

فصل : ولا تُؤْخَذُ يَدٌ كامِلةُ الأصابعِ بناقِصَةِ الأصابعِ ، فلو قَطَعَ مَنْ له خَمْسُ أصابعَ يَدَ مَنْ له أرْبَعٌ أو ثلاثٌ ، أو قَطَعَ مَنْ له أرْبَعُ أصابعَ يَدَ مَنْ له ثلاثٌ ، لم يَجِبِ القِصاصُ ؛ لأنَّها فَوْقَ حَقِّه . وهل له أن يَقْطَعَ من أصابعِ الجانِى بعَدَدِ أصابِعِه ؟ فيه وَجْهان ، ذكَرْناهما فيما إذا قَطَعَ من نِصْفِ الكَفِّ . وإن قَطَعَ ذُو اليَدِ الكاملةِ يَدًا فيها إصْبَعٌ شَلَّاءُ وباقِيها صِحاحٌ ، لم يَجُزْ أَخْذُ الصَّحِيحةِ بها ؛ لأنَّه أَخْذُ كامِلٍ / بناقِصٍ . وفى الاقْتِصاصِ من الأصابعِ الصِّحاحِ وَجْهان ، فإن قُلْنا : له أن يَقْتَصَّ . فله الحُكومةُ فى الشَّلَّاءِ ، وأَرْشُ ما تَحْتَها من الكَفِّ . وهل يَدْخُلُ ما تحت الأصابعِ الصِّحاحِ فى قِصَاصِها ، أو تَجِبُ فيه حُكومةٌ ؟ على وَجْهَيْنِ .

٥٢/٩و

فصل : وإن قَطَعَ اليَدَ الكاملةَ ذُو يَدٍ فيها إصْبَعٌ زائدٌ ، وَجَبَ القِصاصُ فيها . ذكره أبو عبدِ الله ابنُ حامدٍ ؛ لأنَّ الزَّائدةَ عَيْبٌ ونَقْصٌ فى المَعْنَى ، يُرَدُّ بها المَبيعُ ، فلا[7] يَمْنَعُ وجودُها القِصاصَ منها ، كالسَّلْعةِ فيها والخُراجِ . واخْتار القاضى أنَّها لا تُقْطَعُ بها . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّها زِيادةٌ . فعلى هذا ، إن كان للمَجْنِيِّ عليه أيضا إصْبَعٌ زائدةٌ فى مَحَلِّ الزَّائدةِ من الجانِى ، وَجَبَ القِصاصُ ؛ لِاسْتِوائِهما ، وإن كانت فى غيرِ مَحَلِّها ، أو لم يَكُنْ للمَجْنِيِّ عليه إصْبَعٌ زائدةٌ ، لم تُؤْخَذْ يَدُ الجانِى . وهل يَمْلِكُ قَطْعَ الإصْبَعِ[8] ؟ نَنْظُرُ ؛ فإن كانت الزَّائدةُ مُلْصَقَةً بأَحَدِ الأصابعِ ، فليس له قَطْعُ تلك الأصابعِ ، لأنَّ فى قَطْعِها إضْرارًا بالزَّائدةِ . وهل له قَطْعُ الأصابعِ الأرْبعِ ؟ على وَجْهَين . وإن لم تكُنْ ملصقةً بواحدةٍ منهنَّ ، فهل له قطعُ الخَمْسِ ؟ على وَجْهين . وإن كانت الزَّائدةُ ثابتةً فى إصْبعٍ فى أُنْمُلَتِها العُلْيَا ، لم يَجُزْ قَطْعُها . وإن كانت نابِتَةً فى

---

(7) فى ب ، م : « فلم » .

(8) فى الأصل ، ا ، : « الإصبع » .

السُّفْلَى أو الوُسْطَى ، فله قطعُ ما فَوْقَها من الأنامِلِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ. ويأْخُذُ[9] أرْشَ الأنْمُلَةِ التى تَعَذَّرَ قَطْعُها، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، ويَتْبَعُ ذلك خُمْس الكَفِّ .

فصل : وإن قَطَعَ ذويَدٍ لها أظْفارٌ يَدَ مَنْ لا أظفارَ له ، لم يَجُز القِصاصُ ؛ لأنَّ الكاملة لا تُؤْخَذُ بالنَّاقصةِ . وإن كانت المقطوعةُ ذاتَ أظْفارٍ ، إلَّا أنها خَضْراءُ ، أو مُسْتَحْشِفَةٌ ، أخَذْنا بها السَّلِيمةَ ؛ لأن ذلك عِلَّةٌ ومَرَضٌ ، والمَرَضُ لا يَمْنَعُ القِصاصَ ، بدليلِ أنَّا نأخُذُ الصَّحِيحَ بالسَّقِيمِ .

١٤٥٣ – مسألة ؛ قال : (وإنْ كَانَ الْقَاطِعُ أشَلَّ ، والْمَقْطُوعَةُ سَالِمَةً ، فَشَاءَ الْمَظْلُومُ أخْذَهَا ، فَذٰلِكَ لَهُ ، ولَا شَىْءَ لَهُ غَيْرُهَا . وإنْ شاء عَفَا ، وأخذ دِيَةَ يَدِهِ)

٩/٥٢ظ أمَّا إذا اخْتار الدِّيَةَ ، فله دِيَةُ يَدِه ، لا نعلمُ فيه خلافًا ؛ / لأنَّه عَجَز عن اسْتِيفاءِ حَقِّه على الكَمالِ بالقِصاصِ ، فكانتْ له الدِّيَةُ ، كما لو لم يكُنْ للقاطعِ يَدٌ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ . وإن اختارَ القِصاصَ ، سُئِلَ أهلُ الخِبْرةِ ، فإن قالوا : إنَّه إذا قُطِعَ لم تَنْسَدَّ العُرُوقُ ، ودَخَلَ الهواءُ إلى البَدَنِ فأفْسَدَه . سَقَطَ القِصاصُ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أخْذُ نَفْسٍ بطَرَفٍ . وإن أُمِنَ هذا ، فله القِصاصُ ؛ لأنَّه رَضِىَ بدُونِ حَقِّه ، فكان له ذلك ، كما لو رَضِىَ المُسْلِمُ بالقِصاصِ من الذِّمِّىِّ ، والرَّجُلُ من المرأةِ ، والحُرُّ من العبدِ ، وليس له مع القِصاصِ أرْشٌ ؛ لأنَّ الشَّلَّاءَ كالصَّحِيحةِ فى الخِلْقةِ ، وإنَّما نَقَصَتْ فى الصِّفَةِ ، فلم يكُنْ له أرْشٌ ، كالصُّوَرِ التى ذكَرْناها . وقال أبو الخَطَّابِ : عندِى له أرْشٌ مع القِصاصِ . على قياسِ قولِه فى عَيْنِ الأعْوَرِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ إلْحاقَ هذا الفَرْعِ بالأُصُولِ المُتَّفَقِ عليها ، أَوْلَى من إلْحاقِه بفَرْعٍ مُخْتَلَفٍ فيه ، خارجٍ عن الأُصُولِ ، مُخالِفٍ للقِياسِ .

فصل : وتُؤْخَذُ الشَّلَّاءُ بالشَّلَّاءِ ، إذا أُمِنَ فى الاسْتِيفاءِ الزِّيادةُ . وقال أصحابُ

---

(٩) فى ب : « وأخذ » .

الشافعىِّ ، لا تُؤْخَذُ بها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ الشَّلَلَ[1] عِلَّةٌ[2] ، والعِلَلُ يَخْتلِفُ تأثِيرُها فى البَدْنِ ، فلا تَتَحقَّقُ المُماثَلةُ بينهما . ولَنا ، أنَّهما مُتماثِلانِ فى ذاتِ العُضْوِ وصِفَتِه ، فجاز أَخْذُ إحْداهما بالأُخْرَى ، كالصَّحِيحةِ بالصَّحِيحةِ .

فصل : وتُؤْخَذُ النَّاقِصةُ بالنَّاقِصةِ ، إذا تساوَتَا فيه ، بأن يكونَ المَقْطوعُ من يَدِ الجانِى كالمَقْطوعِ من يَدِ المَجْنِىِّ عليه ؛ لأنَّهما تساوَتَا فى الذَّاتِ والصِّفَةِ . فأمَّا إن اختلَفا ، فكان المقطوعُ من يَدِ أحدِهما الإبْهامَ ، ومن الأُخْرَى إصْبَعَ غيرِها ، لم يَجُزِ القِصاصُ ؛ لأنَّ فيه أخْذَ إصْبَعٍ بغيرِها . وإن كانت يَدُ أحَدِهما ناقصةً إصْبَعًا ، والأُخْرَى ناقصةً تلك الإِصْبَعَ وأُخْرَى[3] ، جاز أَخْذُ النَّاقِصةِ إصْبَعَيْنِ بالنَّاقِصةِ إصْبَعًا . وهل له أَرْشُ إصْبَعِه الزَّائدةِ ؟ فيه وَجْهان . ولا يجوزُ أَخْذُ الأُخْرَى بها ؛ لأنَّ الكاملةَ لا تُؤْخَذُ بالنَّاقِصةِ .

فصل : ويجوزُ أخْذُ النَّاقِصةِ بالكاملةِ ؛ لأنَّها دون حَقِّه . وهل له أَخْذُ دِيَةِ لأصابعِ النَّاقِصةِ ؟ على وَجْهَين ؛ أحدهما ، له ذلك . وهو قولُ الشافعىِّ ، واختيارُ ابنِ حامِدٍ . ٥٣/٩و / والثانى ، ليس له مع القِصاصِ أَرْشٌ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، وقِياسُ قولِ أبى بكرٍ ؛ لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى الجَمْعِ بين قِصاصٍ[4] ودِيَةٍ فى عُضْوٍ واحِدٍ . وقال القاضى : قِياسُ قولِه سُقُوطُ القِصاصِ ، كقولِه فى مَن قُطِعَتْ يَدُهُ من نِصْفِ الذِّرَاعِ ، وليس كذلك ؛ لأنَّه يَقْتَصُّ من مَوْضِعِ الجِنايةِ ، ويَضَعُ الحَدِيدَةِ فى مَوْضعِ وضَعَها الجانى ، فمَلَكَ ذلك ، كما لو جَنَى عليه فوقَ المُوضِحَةِ ، أو كان رأْسُ الشَّاجِّ أصْغَرَ ، أو أخَذَ الشَّلَّاءَ بالصَّحِيحةِ . ويُفارِقُ القاطِعَ من نِصْفِ الذراعِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه القِصاصُ من مَوْضِعِ الجِنايةِ . هكذا حكاه الشَّرِيفُ ، عن أبى بكرٍ .

---

(١) فى ب ، م : « الشلاء » .

(٢) فى م : « عليلة » .

(٣) فى م : « فأخرى » .

(٤) فى م : « القصاص » .

فصل : وإن كانتْ يَدُ القاطعِ والمَجْنِىِّ عليه كامِلَتَيْنِ، [و] فى يَدِ المَجْنِىِّ عليه إصْبَعٌ زائدةٌ ، فعلى قولِ ابنِ حامدٍ ، لا عِبْرَةَ بالزَّائدةِ ؛ لأنَّها بمنزلةِ الخُرَاجِ والسِّلْعةِ . وعلى قولِ غيرِه ، له قَطْعُ يَدِ الجانى . وهل له حُكومةٌ فى الزَّائدةِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وإن قَطَعَ مَنْ له خَمْسُ أصابعَ أصْلِيَّةٍ ، كَفَّ مَنْ له أرْبَعُ أصابعَ أصْلِيَّةٍ ، وإصْبَعٌ زائدةٌ ، أو قَطَعَ مَن له أرْبَعُ أصابعَ أصْلِيَّةٌ[٥] وإصْبَعٌ زائدةٌ، كَفَّ مَنْ له خَمْسُ أصابعَ أصْلِيَةٍ ، فلا قِصاصَ فى الصُّورةِ الأُولَى ؛ لأنَّ الأصْلِيَّةَ لا تُؤْخَذُ بالزَّائدةِ . وله القِصاصُ فى الصُّورةِ الثانية ، فى قولِ ابنِ حامدٍ ؛ لأنَّ الزَّائدةَ لا عِبْرةَ بها . وقال غيرُه : إن لم تكُن الزَّائدةُ فى مَحَلِّ الأصْلِيَّةِ ، فلا قِصاصَ أيضًا ؛ لأنَّ الإصْبَعَيْنِ مُخْتلفانِ . وإن كانتْ فى مَحَلِّ الأصْلِيَّةِ ، فقال القاضى : يَجْرِى القِصاصُ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ، ولا شىءَ له لنَقْصِ الزَّائدةِ . وهذا فيه نَظَرٌ ؛ فإنَّها متى كانت فى مَحَلِّ الأصْلِيَّةِ ، كانت أصْلِيَّةً ، لأنَّ الزَّائدةَ هى التى زادَتْ عن عَدَدِ الأصابعِ ، أو كانتْ فى غيرِ مَحَلِّ الأصابعِ ، وهذا له خَمْسُ أصابعَ فى مَحَلِّها ، فكانت كلُّها أصْلِيَّةً . فإن قالوا: معنى كَوْنِها زائدةً ، أنَّها ضَعِيفةٌ مائلةٌ عن سَمْتِ الأصابعِ . قُلْنا : ضَعْفُها لا يُوجِبُ كَوْنَها زائدةً ، كذَكَرِ العِنِّينِ ، وأمَّا مَيْلُها عن سَمْتِ[٦] الأصابعِ ، فإنَّها إن لم تكُنْ نابتةً فى مَحَلِّ الإصْبَعِ المَعْدومةِ ، فَسَدَ قولُهم إنَّها فى مَحَلِّها ، وإن كانت نابتةً فى مَوْضِعِها ، وإنَّما مالَ رأسُها واعْوَجَّتْ ، فهذا مَرَضٌ / لا يُخْرِجُها عن كَوْنِها أصْلِيَّةً . ٩/٥٣ ظ

فصل : وإذا قَطَعَ إصْبَعَه ، فأصابَه من جُرْحِها أَكِلَةٌ فى يَدِه ، وسَقَطَتْ من مَفْصِلٍ ، ففيها القِصاصُ . وإن بادَرَهَا صاحِبُها ، فقَطَعَها من الكُوعِ ، لئَلَّا تَسْرِىَ إلى سائرِ جَسَدِه ، ثم انْدَمَلَ جُرْحُه ، فعلى الجانى القِصاصُ فى الإصْبَعِ ، والحُكومةُ فيما تأكَّلَ من الكَفِّ ، ولا شىءَ عليه فيما قَطَعَه المَجْنِىُّ عليه ؛ لأنَّه تَلِفَ بفِعْلِه . وإن لم

---

(٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦) سقط من : الأصل ، م .

يَنْدَمِلْ ، ومات من ذلك ، فالجانِي شَرِيكُ نفسِه ، فيَحْتَمِلُ وُجوبَ القِصاصِ عليه ، ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ بحالٍ ؛ لأنَّ فِعْلَ المَجْنِى عليه[7] ، إنَّما قَصَدَ به المَصْلحةَ ، فهو عَمْدُ الخَطَأِ ، وشَرِيكُ الخاطِئِ لا قِصاصَ عليه ، ويكونُ عليه نِصْفُ الدِّيَةِ . وإن قَطَعَ المَجْنِيُّ عليه مَوْضِعَ الأَكِلَةِ ، نَظَرْتَ ؛ فإنَّ قَطَعَ لَحْمًا مَيِّتًا ، ثم سَرَتِ الجنايةُ ، فالقِصاصُ على الجانِى ؛ لأنَّه سِرَايةُ جُرْحِه خاصَّةً ، وإن كان فى لَحْمٍ حَىٍّ ، فمات ، فالحكمُ فيه كما لو قَطَعَها خَوْفًا من سِرَايَتِها .

فصل : وإذا قَطَعَ أُنْمُلةً لها طَرَفانِ ، إحْداهما زائدةٌ والأُخْرَى أَصْلِيَّةٌ ، فإن كانت أَنْمُلةُ القاطِعِ ذاتَ طَرَفَيْنِ أيضًا ، أُخِذَتْ بها ، وإن لم تكُنْ ذاتَ طَرَفَيْنِ . قُطِعَتْ ، وعليه حُكومةٌ فى الزَّائدةِ . وإن كانت المَقْطوعةُ ذاتَ طرفٍ واحِدٍ ، وأُنْمُلةُ القاطِعِ ذاتُ طَرَفَيْنِ، أُخِذَتْ بها ، فى قولِ ابنِ حامِدٍ . وعلى قولِ غيرِه ؛ لا قِصاصَ فيها ، وله دِيَةُ أُنْمُلَتِه . وإن ذَهَبَ الطَّرَفُ الزَّائدُ ، فله الاسْتِيفاءُ . وإن قال : أنا أَصْبِرُ حتى يَذْهَبَ الزَّائدُ ثم أَقْتَصُّ . فله ذلك ؛ لأَنَّ القِصاصَ حَقُّه ، فلا يُجْبَرُ على تَعْجِيلِ اسْتِيفائِه .

فصل : ولو قَطَعَ أُنْمُلَةَ رَجُلٍ العُلْيا ، ثم قَطَعَ أُنْمُلةَ آخَرَ الوُسْطَى ، ثم قَطَعَ السُّفْلَى من ثالثٍ ، فللأَوَّلِ القِصاصُ من العُلْيَا ، ثم للثانى أن يَقْتَصَّ من الوُسْطَى ، ثم للثالثِ أن يَقْتَصَّ من السُّفْلَى ، سواءٌ جاءُوا دَفْعةً واحدةً ، أو واحدًا بعدَ واحدٍ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا قِصاصَ إلَّا فى العُلْيَا ؛ لأنَّه لم يَجِبْ فى غيرِها حالَ الجِنايةِ ، لتَعَذُّرِ اسْتِيفائِه ، فلم يَجِبْ بعدَ ذلك كما لو كان غيرَ مُكَافِئٍ حالَ الجِنايةِ ، ثم صار مُكافِئًا بعدَه . ولَنا ، أنَّ تَعَذُّرَ القِصاصِ لاتصالِ مَحَلِّه بغيرِه لا يَمْنَعُه إذا زال الاتِّصالُ ، / كما لو جَنَتِ الحامِلُ . ويفارِقُ عَدَمَ التكافُؤِ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ لمَعْنًى فيه ، وههُنا تعذَّرَ لِاتِّصالِ غيرِه به . فأمَّا إن جاء صاحِبُ الوُسْطَى أو السُّفْلَى يَطْلُبُ القِصاصَ قبلَ صاحبِ العُلْيا ، لم يُعْطِه ؛ لأنَّ فى اسْتِيفائِه إتْلافَ أُنْمُلَةٍ لا يَسْتَحِقُّها ، وقيل لهما :

٥٤/٩و

(٧) سقط من : ب ، م .

إمَّا أن تَصبِرَا حتى تَعْلَما ما يكونُ من الأوَّلِ ، فإن اقْتَصَّ فلكما القِصاصُ ، وإن عَفَا فلا قِصاصَ لكما ، وإمَّا أن تَرْضَيَا بالعَقْلِ . فإذا جاء صاحبُ العُلْيَا فاقْتَصَّ ، فللثانى الاقْتِصاصُ ، وحكمُ الثالثِ مع الثانى كحُكمِ الثانى مع الأوَّلِ ، وإن عَفَا ، فلهما العَقْلُ ، فإن قالا : نحن نَصْبِرُ ونَنْتَظِرُ[8] بالقِصاصِ أن تَسْقُطَ العُلْيا بمَرَضٍ أو نحوه ، ثم نقْتَصُّ . لم يُمْنَعا من ذلك . وإن قَطَعَ صاحبُ الوُسْطَى الوُسْطَى والعُلْيَا ، فعليه دِيَةُ العُلْيا ، تُدْفَعُ إلى صاحبِ العُلْيا . وإن قَطَعَ الإصْبَعَ كلَّها ، فعليه القِصاصُ فى الأُنْمُلَةِ الثالثةِ ، وعليه أَرْشُ العُلْيَا للأوَّلِ ، وأرشُ السُّفْلَى على الجانِى لصاحِبها ، وإن عَفَا الجانِى عن قِصاصِها ، وجَبَ أَرْشُها ، يَدْفَعُه إليه ، ليَدْفَعه إلى المَجْنِىِّ عليه .

فصل : وإن قَطَعَ أُنْمُلَةَ رجلٍ العُلْيا ، ثم قَطَعَ أُنْمُلَتَىْ آخرَ العُلْيَا والوُسْطَى من تلك الإصْبَعِ ، فللأوَّلِ قَطْعُ العُلَيَا ؛ لأنَّ حَقَّه أسبقُ ، ثم يَقْطَعُ الثانى الوُسْطَى ، ويأخذُ أَرْشَ العُلْيا منه . فإن بادَرَ الثانى فقَطَعَ الأُنْمُلَتَيْنِ ، فقد اسْتَوْفَى حَقَّه ، وتَعَذَّرَ اسْتيفاءُ القِصاصِ للأوَّلِ ، وله الأَرْشُ على الجانِى . وإن كان قَطَعَ الأُنْمُلَتَيْنِ أوَّلًا ، قَدَّمْنا صاحِبَهُما[9] فى القِصاصِ ، [10]ووجَب لصاحب العُلْيَا أَرْشُها[10] . وإن بادَرَ صاحِبُهما فقَطَعها ، فقد اسْتَوْفَى حَقَّه ، وتُقْطَعُ الوُسْطَى للأوَّلِ ، ويأْخُذُ الأَرْشَ للعُلْيَا . ولو قَطَعَ أُنْمُلَةَ رَجُلٍ العُلْيَا ، ولم يكُنْ للقاطِعِ عُلْيَا ، فاستَوْفَى الجانِى من الوُسْطَى ، فإن عَفَا إلى الدِّيَةِ ، تقاصَّا وتساقَطا ؛ لأنَّ دِيَتَهما واحدةٌ ، وإن اخْتارَ الجانِى القِصاصَ ، فله ذلك ، ويَدْفَعُ أَرْشَ العُلْيَا . ويجىءُ على قولِ أبى بكرٍ ، أنْ لا يَجِبَ القِصاصُ ؛ لأنَّ دِيَتَهما واحدةٌ ، واسمُ الأُنْمُلَةِ يشْمَلُهما[11] ، فتَساقَطَا ، كقولِه فى إحْدَى اليَدَيْنِ بَدَلًا عن الأُخْرَى .

---

(٨) فى ب ، م : « وننظر » .

(٩) فى م زيادة : « فقطعها » .

(١٠ – ١٠) فى م : « للأول وله الأرش على الجانى » .

(١١) فى م : « يشملها »

١٤٤٥ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قُتِلَ وَلَهُ وَلِيَّانِ ؛ بَالِغٌ ، وطِفْلٌ أَوْ غَائِبٌ ، لَمْ يُقْتَلْ حَتَّى / يَقْدَمَ الْغَائِبُ ويَبْلُغَ الطِّفْلُ) ٩/٥٤ظ

وجملتُه أنَّ ورَثَةَ القَتِيلِ إذا كانوا أكثرَ من واحِدٍ ، لم يَجُزْ لبعضِهِم اسْتِيفاءُ القَوَدِ إلَّا بإِذْنِ الباقِينَ ، فإن كان بعضُهم غائبًا ، انْتُظِرَ قُدُومُه ، ولم يَجُزْ للحاضِرِ الاسْتِقْلالُ بالاسْتِيفاءِ ، بغيرِ خلافٍ عَلِمْناه ، وإن كان بعضُهم صَغِيرًا أو مَجْنونًا ، فظاهِرُ مذهبِ أحمدَ ، رحِمَه اللهُ ، أنَّه ليس لغيرِهما الاسْتِيفاءُ حتى يَبْلُغَ الصغيرُ ويُفِيقَ المَجْنُونُ . وبهذا قال ابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ أبي لَيْلَى ، والشافعيُّ ، وأبو يوسفَ ، وإسْحاقُ ، ويُرْوَى ذلك[1] عن عمرَ بن عبد العزيزِ ، رَحِمَه اللهُ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى : للكِبارِ العُقَلاءِ اسْتِيفاؤُه . وبه قال حَمَّادٌ ، ومالكٌ ، والأَوْزاعِيُّ ، واللَّيْثُ ، وأبو حنيفةَ ؛ لأنَّ الحسنَ بنَ عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، قَتَلَ ابنَ مُلْجَمٍ قِصاصًا ، وفى الوَرَثَةِ صِغارٌ ، فلم يُنْكَرْ ذلك[2] ، ولأنَّ وِلايَةَ القِصَاصِ هى اسْتِحقاقُ اسْتِيفائِه ، وليس للصَّغِيرِ هذه الوِلايَةُ . ولَنا ، أنَّه قِصاصٌ غير مُتَحَتِّمٍ ، ثَبَتَ لجماعةٍ مُعَيَّنِينَ ، فلم يَجُزْ لأحَدِهِم اسْتِيفاؤُه اسْتِقلالًا ، كما لو كان بين حاضِرٍ وغائبٍ ، أو أحَدُ بَدَلَيِ النَّفْسِ ، فلم يَنْفَرِدْ به بعضُهم كالدِّيَةِ ، والدليلُ على أنَّ للصغيرِ والمجنونِ فيه حقًّا أربعةُ أمورٍ ؛ أحدها ، أنَّه لو كان مُنْفَرِدًا لَاسْتَحَقَّه ، ولو نَافاه الصِّغَرُ مع غيرِه لَنافاهُ مُنْفَرِدًا ، كوِلايةِ النِّكاحِ . والثانى ، أنَّه لو بَلَغَ لاسْتَحَقَّ[3] ، ولو لم يكُنْ مُسْتَحِقًّا عندَ الموتِ لم يكُنْ مُسْتحِقًّا بعدَه ، كالرَّقِيقِ إذا عَتَقَ بعدَ مَوْتِ أبيه . والثالث ، أنَّه لو صار الأمْرُ إلى المالِ ، لاسْتَحَقَّ ، ولو لم يكُنْ مُسْتَحِقًّا للقِصاصِ لَمَا اسْتَحَقَّ بدَلَه ، كالأجْنَبِيِّ . والرابع ، أنَّه لو مات الصغيرُ لَاسْتَحَقَّه ورَثَتُه ، ولو لم يكُنْ حقًّا لم يَرِثْه ، كسائرِ ما لم يَسْتَحِقَّه ، فأمَّا ابنُ مُلْجَمٍ ، فقد قيل :

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب من زعم أن للكبار أن يقتصوا قبل بلوغ الصغار ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٥٨/٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يقتل وله ولد صغار ، من كتاب الديات . المصنف ٣٦٨/٩ .

(٣) فى الأصل ، ب : « لا يستحق » .

إنَّه قتَلَه لِكُفْرِه[٤] ، ولأنَّه[٥] قَتَلَ عَلِيًّا مُسْتَحِلًّا لِدَمِه ، مُعْتَقِدًا كُفْرَه ، مُتقَرِّبًا بذلك إلى اللهِ تعالى . وقيل : قَتَلَه لِسَعْيِه فى الأرْضِ بالفَسادِ ، وإظْهارِ السِّلاحِ ، فيكونُ كقاطِعِ الطَّرِيقِ إذا قَتَلَ . وقَتْلُه مُتَحَتِّمٌ ، وهو إلى الإمامِ ، والحَسَنُ هو الإمامُ ، ولذلك لم يَنْتَظِر الغائِبِينَ من الوَرَثةِ . ولا خِلافَ بيننا / فى وُجُوبِ انْتِظارِهم ، وإن قُدِّرَ أنَّه قَتَلَه قِصاصًا ، فقد اتَّفَقْنا على خِلافِه ، فكيف يَحْتَجُّ به بعضُنا على بعضٍ . ٩/٥٥و

فصل : وإن كان الوارِثُ واحِدًا صغيرًا ، كصَبِىٍّ قُتِلَتْ أُمُّه ، وليست زَوْجةً لأبِيه ، فالقِصاصُ له ، وليس لأبِيه ولا غيرِه[٦] استيفاؤُه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : له اسْتِيفاؤُه . وكذلك الحكمُ فى الوَصِىِّ والحاكِمِ ، فى الطَّرَفِ دُوَن النَّفْسِ . وذكر أبو الخطَّابِ فى موضعٍ فى الأبِ رِوايتَيْنِ ، وفى مَوْضِعٍ وَجْهَيـنِ ، أحـدهما ، كقَوْلِهما[٧] ؛ لأنَّ القِصاصَ أحدُ بَدَلَىِ النَّفْسِ ، فكان للأبِ اسْتِيفاؤُه ، كالدِّيَةِ . ولَنا ، أنَّه لا يَمْلِكُ إيقاعَ الطَّلاقِ بزَوْجَتِه ، فلا يَمْلِكُ استيفاءَ القِصاصِ له ، كالوَصِىِّ ، ولأنَّ القَصْدَ التَّشَفِّى ودَرْكُ الغَيْظِ ، ولا يَحْصُلُ[٨] ذلك باسْتِيفاءِ الوَلِىِّ . ويُخالِفُ الدِّيَةَ ، فإنَّ الغَرَضَ يَحْصُلُ باسْتِيفاءِ الأبِ له ، فافْتَرقا ، ولأنَّ الدِّيَةَ إنَّما يَمْلِكُ اسْتِيفاءَها إذا تَعَيَّنَتْ ، والقِصاصُ لا يَتَعَيَّنُ ، فإنَّه يجوزُ العَفْوُ إلى الدِّيَةِ ، والصُّلْحُ على مالٍ أكثرَ منها وأقَلَّ ، والدِّيَةُ بخِلافِ ذلك .

فصل : وكلُّ موضعٍ وجَبَ تأْخيرُ الاسْتِيفاءِ ، فإنَّ القاتِلَ يُحْبَسُ حتى يَبْلُغَ الصَّبِىُّ ، ويَعْقِلَ المجنونُ ، ويَقْدَمَ الغائبُ ، وقد حَبَسَ مُعاوِيةُ هُدْبةَ بن خَشْرَمٍ فى قِصاصٍ حتى بَلَغَ ابنُ القَتِيلِ ، فى عَصْرِ الصَّحابةِ ، فلم يُنْكَرْ ذلك ، وبَذَلَ الحسنُ والحسَينُ وسعيدُ بن

---

(٤) فى م : « بكفره » .

(٥) سقطت الواو من : م .

(٦) فى ب : « لغيره » .

(٧) فى م : « كقولنا » .

(٨) فى ب : « يحتمل » .

العاصِ لِابْنِ القتيلِ سَبْعَ دِيَاتٍ ، فلم يَقْبَلْها[9] . فإن قيل : فلِمَ لا يُخْلَى سَبيلُه كالمُعْسِرِ بالدَّيْنِ ؟ قُلْنا : لأنَّ فى تَخْلِيَتِه تَضْيِيعًا للحَقِّ ، فإنَّه لا يُؤْمَنُ هَرَبُه ، والفَرْقُ بينَه وبينَ المُعْسِرِ من وُجُوهٍ ؛ أحدها ، أنَّ قَضاءَ الدَّيْنِ لا يَجِبُ مع الإِعْسارِ ، فلا يُحْبَسُ بما لا يَجِبُ ، والقِصاصُ هٰهُنا واجبٌ ، وإنَّما تَعَذَّرَ المُسْتَوْفِى . الثانى ، أنَّ المُعْسِرَ إذا حَبَسْناه تعَذَّرَ[10] الكَسْبُ لقَضاءِ الدَّيْنِ ، فلا يُفِيدُ ، بل يَضُرُّ من الجانبينِ ، وهٰهُنا الحَقُّ نفسُه يَفُوتُ بالتَّخْلِيةِ لا بالحَبْسِ . الثالث ، أنَّه قد اسْتُحِقَّ قَتْلُه ، وفيه تَفْوِيتُ نَفْسِه ونَفْعِه ، فإذا تَعَذَّرَ تَفْوِيتُ نفسِه ، جاز تَفْوِيتُ نَفْعِه لإِمْكانِه . فإن / قيل : فلِمَ يُحْبَسُ من أجلِ الغائبِ ، وليس للحاكِمِ عليه وِلَايَةٌ إذا كان مُكَلَّفًا رشِيدًا ، ولذلك لو وَجَدَ بعضَ مالِه مَغْصُوبًا لم يَمْلِكِ انْتِزاعَه ؟ قُلْنا : لأنَّ فى القِصاصِ حقًّا للمَيِّتِ ، وللحاكِمِ عليه وِلَايةٌ ، ولهذا تَنْفُذُ وَصاياه من الدِّيَةِ ، وتُقْضَى دُيُونُه منها ، فنَظِيرُه أن يَجِدَ الحاكمُ من تَرِكَةِ المَيِّتِ فى يَدِ إنسانٍ شيئًا غَصْبًا ، والوارثُ غائبٌ ، فإنَّه يأْخُذُه . ولو كان القِصاصُ [11]لِحَىٍّ فى[11] طَرَفِه ، لم يتَعَرَّضْ لمن هو عليه . فإن أقامَ القاتِلُ كَفِيلًا بنَفْسِه ليُخْلَى سَبِيلُه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الكَفالةَ لا تَصِحُّ فى القِصاصِ ، فإنَّ فائِدَتَها اسْتِيفاءُ الحَقِّ من الكَفِيلِ إن تَعَذَّرَ إحضارُ المكفولِ به ، ولا يُمْكِنُ استيفاؤُه من غيرِ القاتِلِ ، فلم تَصِحَّ الكَفالةُ به كالحَدِّ ، ولأنَّ فيه تَغْرِيرًا بحَقِّ المُوَلَّى عليه ، فإنَّه رُبَّما خلَّى سَبِيلَه فهَرَبَ ، فضاعَ الحَقُّ .

٩/٥٥ظ

فصل : فإن قَتَلَه بعضُ الأَوْلياءِ بغيرِ إذْنِ الباقِينَ ، لم يَجِبْ عليه قِصاصٌ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وهو أحَدُ قولَىِ الشافعىِّ ، والقولُ الأخيرُ ، عليه القِصاصُ ؛ لأنَّه ممنوعٌ من قَتْلِه ، وبعضُه غيرُ مُسْتَحَقٍّ له ، وقد يَجِبُ القِصاصُ بإتْلافِ بعضِ النَّفْسِ ، بدليلِ ما لو اشْتَرَكَ الجماعةُ فى قَتْلِ واحِدٍ . ولَنا ، أنَّه مُشارِكٌ فى اسْتِحقاقِ القَتْلِ ، فلم يَجِبْ عليه

---

(٩) انظر : الكامل ، للمبرد ٤/٨٤ ، ٨٥ .

(١٠) فى ب : « لتعذر » .

(١١-١١) فى الأصل ، م : « فى لحى » .

القِصاصُ ، كما لو كان مُشارِكًا فى مِلْكِ الجارِيةِ ووَطْئِها ، ولأنَّه مَحَلٌّ يَمْلِكُ بعضَه ، فلم تجبِ العُقوبةُ المُقَدَّرَةُ باسْتِيفائِه كالأصْلِ . ويُفارِقُ إذا قَتَلَ الجماعةُ واحدًا ، فإنَّا لا نُوجِبُ القِصاصَ بقَتْلِ بعضِ النَّفْسِ ، وإنَّما نَجْعَلُ كلَّ واحدٍ منهم قاتِلًا لجميعِها ، وإن سَلَّمْنا وُجُوبَه عليه لقَتْلِه بعضَ النَّفْسِ ، فمِن شَرْطِه[١٢] المُشاركةُ لمَن فَعَلَهُ ، كفِعْلِه فى العَمْدِ والعُدْوانِ ، ولا يتحقَّقُ ذلك[١٣] هٰهُنا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ للوَلِىِّ الذى لم يَقْتُلْ قِسْطَه من الدِّيَةِ ؛ لأنَّ حَقَّه من القِصاصِ سَقَطَ بغيرِ اخْتيارِه ، فأشْبَهَ ما لو ماتَ القاتِلُ أو عَفَا بعضُ الأوْلياءِ . وهل يَجِبُ ذلك على قاتِلِ الجانِى ، أو فى تَرِكَةِ الجانِى ؟ فيه وَجْهان . وللشافعىِّ قَوْلان ؛ أحدهما ، يَرْجِعُ على قاتِلِ الجانِى ؛ لأنَّه أتْلَفَ مَحَلَّ حَقِّه ، فكان الرُّجوعُ عليه بِعِوَضِ نَصيبِه ، كما لو كانت له وَدِيعةٌ فأتْلَفَها . / والثانى ، يرجعُ فى تَرِكَةِ الجانى ، كما لو أتْلَفَه أجْنَبِىٌّ ، أو عَفَا شَرِيكُه عن القِصاصِ . وقَوْلُنا : أتْلَفَ مَحَلَّ حَقِّه ، يَبْطُلُ بما إذا أتْلَفَ مُسْتَأْجِرَه أو غَرِيمَه أو امرأتَه ، أو كان المُتْلَفُ أجْنَبِيًّا ، ويُفارِقُ الوَدِيعةَ ، فإنَّها مَمْلوكةٌ لهما ، فوَجَبَ عِوَضُ مِلْكِه ، أمَّا الجانى فليس بمَمْلُوكٍ للمَجْنِىِّ عليه ، وإنَّما له عليه حَقٌّ ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَ غَرِيمَه . فعلى هذا ، يَرْجِعُ ورَثَةُ الجانِى على قاتِله بدِيَةِ مُوَرِّثِهِم[١٤] إلَّا قَدْرَ حَقِّه منها . فعلى هذا ، لو كان الجانِى أقَلَّ دِيَةً من قاتِلِه ، مثل امرأةٍ قَتَلَتْ رَجُلًا له ابْنان ، فقَتَلَها أحَدُهما بغيرِ إذْنِ الآخرِ ، فللآخرِ نِصْفُ دِيَةِ أبيه فى تَرِكَةِ المرأةِ التى قَتَلَتْه ، ويَرْجِعُ ورَثَتُها بنِصْفِ دِيَتِها على قاتِلِها ، وهو رُبْعُ دِيَةِ الرَّجُلِ . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَرْجِعُ الابنُ الذى لم يَقْتُلْ على أخِيه بنِصْفِ دِيَةِ المرأةِ ؛ لأنَّه لم يُفَوِّتْ على أخِيه إلَّا نِصفَ المرأةِ ، ولا يُمْكِنُ أن يَرْجِعَ على وَرَثَةِ المرأةِ بشىءٍ ؛ لأنَّ أخاه الذى قَتَلَها أتْلَفَ جميعَ الحَقِّ . وهذا يَدُلُّ على ضَعْفِ هذا الوَجْهِ . ومن فوائِدِه أيضًا ، صِحَّةُ إبْراءِ مَنْ حَكَمْنا بالرُّجوعِ عليه ، ومِلْكُ مُطَالَبَتِه ، فإن قُلْنا : يَرْجِعُ على وَرَثَةِ الجانِى .

٩/٥٦ و

(١٢) فى ب : « شرط » .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) فى ب : « موروثه » .

صَحَّ إبْراؤُهم ، ومَلَكُوا الرَّجوعَ على قاتِلِ مَوْرُوثِهم بقِسْطِ أخيه العافِى . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ على [15] شَرِيكِه . مَلَكَ مُطَالبتَه ، وصَحَّ إبْراؤُه ، ولم يكُنْ لوَرَثَةِ الجانِى مُطالبتُه بشىءٍ . ومنها أننا ، إذا قُلْنا : يرجِعُ على [15] تَرِكَةِ الجانِى . وله تَرِكَةٌ ، فله الأَخْذُ منها ، سواءٌ أَمْكَنَ وَرَثَتَه أن يَسْتَوْفُوا من الشَّرِيكِ ، أو لم يُمْكِنْهم . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ على شَرِيكِه . لم يكُنْ له مُطالَبَةُ ورَثَةِ الجانِى ، سواءٌ كان شَرِيكُهُ مُوسِرًا أو مُعْسِرًا .

١٤٥٥ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ عَفَا مِنْ وَرَثَةِ الْمَقْتُولِ عَنِ الْقِصَاصِ ، لَمْ يَكُنْ إلَى الْقِصَاصِ سَبِيلٌ ، وإنْ كَانَ الْعَافِى زَوْجًا أَوْ زَوْجَةً)

أَجْمَعَ أهلُ العلمِ على إجازةِ العَفْوِ عن القِصاصِ ، وأنَّه أَفْضَلُ . والأَصْلُ فيه [1] الكِتابُ والسُّنَّةُ ؛ أمَّا الكتابُ ، فقولُ اللهِ تعالى فى سِيَاقِ قولِه : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فى ٱلْقَتْلَى﴾ – ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [2] . وقال تعالى : ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ . / إلى قولِه : ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [3] . قيل فى تَفْسِيرِه : فهو كَفَّارةٌ للجانِى ، بعفو صاحِب الحَقِّ عنه . وقيل : فهو كَفَّارةٌ للعافِى بصَدَقَتِه . وأمَّا السُّنَّةُ ، فإنَّ أنَسَ بن مالكٍ ، قال : ما رأيتُ رسولَ اللهِ ﷺ رُفِعَ إليه شىءٌ فيه قِصَاصٌ ، إلَّا أمَرَ فيه بالعَفْوِ . رواه أبو داودَ [4] . وفى حَدِيثِه فى قِصَّةِ الرُّبَيِّعِ بنت النَّضْرِ ، حين كَسَرَتْ سِنَّ

٩/٥٦ظ

(١٥ – ١٥) سقط من : م . نقل نظر .

(١) سقط من : ب .

(٢) سورة البقرة ١٧٨ .

(٣) سورة المائدة ٤٥ .

(٤) فى : باب الإمام يأمر بالعفو فى الدم ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٧٨ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الأمر بالعفو عن القصاص ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/٣٤ . وابن ماجه ، فى : باب العفو فى القصاص ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢١٣ ، ٢٥٢ .

جارِيَةٍ ، فأَمَرَ النَّبِىُّ ﷺ بالقِصاصِ ، فعفَا القَوْمُ[٥] . إذا ثَبَتَ هذا ، فالقِصاصُ حَقٌّ لجميعِ الوَرَثةِ من ذَوِى الأنْسابِ والأسْبابِ ، والرجالِ والنِّساءِ ، والصغارِ والكبارِ ، فمن عَفَا منهم صَحَّ عَفْوُه ، وسَقَطَ القِصاصُ ، ولم يَبْقَ لأحَدٍ إليه سَبِيلٌ . هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ عَطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن عمرَ ، وطاوُسٍ ، والشَّعْبِىِّ . وقال الحسنُ ، وقَتادةُ ، والزُّهْرِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، واللَّيْثُ ، والأوْزاعِىُّ : ليس للنِّساءِ عَفْوٌ . والمشهورُ عن مالكٍ ، أنَّه مَوْرُوثٌ للعَصَباتِ خاصَّةً . وهو وجهٌ لأصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه ثَبَتَ لدَفْعِ العارِ ، فاخْتَصَّ به العَصَباتُ . كوِلايةِ النكاحِ . ولهم وجْهٌ ثالثٌ ، أنَّه لِذَوِى الأنْسابِ دُونَ الزَّوْجَيْنِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ قُتِلَ له قَتِيلٌ ، فأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ ؛ بَيْنَ أنْ يَقْتُلُوا ، أوْ يأْخُذُوا الْعَقْلَ »[٦] . وأهلُه ذَوُو رَحِمِه . وذهب بعضُ أهلِ المدينةِ إلى أنَّ القِصاصَ لا يَسْقُطُ بعَفْوِ بعضِ الشُّرَكاءِ . وقيل : هو رِوايةٌ عن مالكٍ ؛ لأنَّ حَقَّ غيرِ العافِى لا يَرْضَى بإسْقاطِه ، وقد تُؤْخَذُ النَّفْسُ ببعضِ النَّفْسِ ، بدليلِ قَتْلِ الجماعةِ بالواحِدِ . ولَنا ، عُمومُ قولِه عليه السلام : « فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ » . وهذا عامٌّ فى جميعِ أهْلِه ، والمرأةُ من أهْلِه ، بدليلِ قولِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ يَعْذِرُنِى مِنْ رَجُلٍ بَلَغَنِى[٧] أذاهُ فِى أهْلِى ، ومَا عَلِمْتُ عَلَى أهْلِى إلَّا خَيْرًا ، ولَقَدْ ذَكَرُوا رَجُلًا مَا عَلِمْتُ عَلَيْهِ إلَّا خَيْرًا ، ومَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَى أهْلِى إلَّا مَعِى » . يُرِيدُ عائشةَ . وقال له أُسامةُ : يا رسولَ اللهِ ، أهْلَكَ ولا نعلمُ إلَّا خيرًا[٨] . ورَوَى زيدُ بنُ وَهْبٍ ، أنَّ عمرَ أُتِىَ برَجُلٍ قَتَلَ قَتِيلًا ، فجاء

---

(٥) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٥٣١ .

(٦) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٥١٦ .

(٧) فى م : « يبلغنى » .

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا عدل رجل أحدا ... ، وباب تعديل النساء بعضهن بعضا ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب حديث الإفك ، من كتاب المغازى ، وفى : باب قوله : ﴿ ولولا إذ سمعتموه ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٢١٩/٣ ، ٢٢٠ ، ٢٢٩ ، ١٥١/٥ ، ١٣٠/٦ . ومسلم ، فى : باب فى حديث الإفك وقبول توبة القاذف ، من كتاب التوبة . صحيح مسلم ٢١٣٣/٤ ، ٢١٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٩٦/٦ .

ورثَةُ المَقْتُولِ ليَقْتُلُوه ، فقالتِ امرأةُ المقْتولِ ، وهى أخْتُ القاتل : قد عَفَوْتُ عن حَقِّى . فقال عمرُ : اللهُ أكبرُ ، / عَتَقَ الْقَتِيلُ . روَاه أبو داودَ[9] . وفى رِوايةٍ عن زَيْدٍ ، قال : دَخَلَ رجلٌ على امْرأتِه ، فوَجَدَ عندَها رَجُلًا ، فقَتَلَها ، فاسْتَعْدَى إخْوتُها عمرَ ، فقال بعضُ إخْوتِها : قد تَصَدَّقْتُ . فقَضَى لسائِرِهم بالدِّيَةِ[10] . ورَوَى قتادةُ ، أنَّ عمرَ رُفِعَ إليه رَجُلٌ قَتَلَ رجلًا ، فجاء أولادُ المَقْتُولِ ، وقد عَفَا بعضُهم ، فقال عمرُ لابنِ مَسْعودٍ : ما تقول ؟ قال : إنَّه قد أُحْرِزَ من القَتْلِ . فضَرَبَ على كَتِفِه ، وقال : كُنَيْفٌ[11] مُلِئَ عِلْمًا . والدليلُ على أنَّ القِصاصَ لجميعِ الوَرَثَةِ ، ما ذَكَرْناه فى مسألةِ القِصاصِ بين الصَّغيرِ والكبيرِ ، ولأنَّ من وَرِثَ الدِّيَةَ وَرِثَ القِصاصَ ، كالعَصَبَةِ ، فإذا عَفَا بعضُهم ، صَحَّ عَفْوُه ، كعَفْوِه عن سائرِ حُقُوقِه ، وزَوَالُ الزَّوْجيَّةِ لا يَمْنَعُ اسْتِحْقاقَ القِصاصِ ، كما لم يَمْنَع اسْتحقاقَ الدِّيَةِ ، وسائرِ حُقُوقِه المَوْرُوثةِ . ومتى ثَبَتَ أنَّه حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بين جَمِيعِهم ، سَقَطَ بإسْقاطِ مَنْ كان من أهْلِ الإسْقاطِ منهم ؛ لأنَّ حَقَّه منه له ، فيَنْفُذُ تَصَرُّفُه فيه ، فإذا سَقَطَ سَقَطَ جَمِيعُه ؛ لأنَّه ممَّا لا يتَبَعَّضُ ، كالطَّلاقِ والعَتاقِ ، ولأنَّ القِصاصَ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بينهم لا يتَبَعَّضُ ، مَبْناهُ على الدَّرْءِ والإسْقاطِ ، فإذا أسْقَطَ بعضُهم ، سَرَى إلى الباقى كالعِتْقِ ، والمرأةُ أحَدُ المُسْتَحِقِّينَ ، فسَقَطَ بإسْقاطِها كالرَّجُلِ . ومتى عَفَا أحدُهم ، فللباقِينَ حَقُّهُم من الدِّيَةِ سِواءٌ عَفَا مُطْلَقًا أو إلى الدِّيَةِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . ولا أعلمُ لهما مُخالِفًا ممَّن قال بسُقُوطِ القِصاصِ ؛ وذلك لأنَّ حَقَّه من القِصاصِ سَقَطَ بغيرِ رِضَاه ، فثَبَتَ له البَدَلُ ، كما لو وَرِثَ القاتلُ بعضَ دَمِه أو مات ، ولِمَا ذَكَرْنا من خَبَرِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه .

٥٧/٩ و

---

(٩) ليس فى سنن أبى داود ، وانظر الإرواء ٢٧٩/٧ .

(١٠) أخرجه البيهقى ، فى : باب عفو بعض الأولياء عن القصاص دون بعض ، من كتاب الجنايات . السنن الكبرى ٥٩/٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب العفو ، من كتاب العقول . المصنف ١٣/١٠ .

(١١) كُنَيْف : تصغير الكنف ، وهو وعاء الأداة التى يعمل بها . انظر غريب الحديث ١٦٩/١ . وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب العفو ، من كتاب العقول . المصنف ١٣/١٠ . وذكره أبو عبيد فى : غريب الحديث . الموضع السابق .

فصل : فإن قَتَلَه الشَّرِيكُ الذى لم يَعْفُ عالِمًا بعَفْوِ شَرِيكِه ، وسُقُوطِ القِصاصِ[١٢] به ، فعليه القِصاصُ ، سواءٌ حَكَمَ به الحاكمُ أو لم يَحْكُمْ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وأبو ثَوْرٍ . وهو الظاهرُ من مذهبِ الشافعىِّ . وقيل : له قولٌ آخرُ ، لا يَجبُ القِصاصُ ؛ لأنَّ له فيه شُبْهَةً ، لوُقُوعِ الخِلافِ فيه[١٣] . ولَنا ، أنَّه قَتَلَ مَعْصُومًا مُكافِئًا له عَمْدًا ، يَعْلَمُ أنَّه لا حَقَّ له فيه ، فوَجَبَ عليه القِصاصُ ، كما لو حَكَمَ بالعَفْوِ حاكمٌ ، والاخْتِلافُ لا يُسْقِطُ القِصاصَ ، فإنَّه / لو قَتَلَ مُسْلِمًا بكافرٍ ، قَتَلْناهُ به ، مع الاخْتِلافِ فى قَتْلِه . وأمَّا إن قَتَلَه قبلَ العِلْمِ بالعَفْوِ ، فلا قِصاصَ عليه . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ فى أحدِ قَوْلَيْهِ : عليه القِصاصُ ؛ لأنَّه قَتْلُ عَمْدٍ عُدْوانٌ لمَن لا حَقَّ له فى قَتْلِه . ولَنا ، أنَّه قَتَلَه مُعْتَقِدًا ثُبُوتَ حَقِّه فيه ، مع أنَّ الأصْلَ بَقاؤُه ، فلم يَلْزَمْه قِصَاصٌ ، كالوَكيلِ إذا قَتَلَ بعدَ عَفْوِ المُوَكِّلِ قبلَ عِلْمِه بعَفْوِه . ولا فَرْقَ بينَ أن يكونَ الحاكمُ قد حَكَمَ بالعَفْوِ أو لم يَحْكُمْ به ؛ لأنَّ الشُّبْهَةَ مَوْجودةٌ مع انْتِفاءِ العِلْمِ مَعْدومةٌ عندَ وُجُودِه . وقال الشافعىُّ : متى قَتَلَه بعدَ حُكْمِ الحاكمِ ، لَزِمَه القِصاصُ ، عَلِمَ بالعَفْوِ أو لم يَعْلَمْ . وقد بَيَّنَّا الفَرْقَ بينهما . ومتى حَكَمْنا عليه بوُجُوبِ الدِّيَةِ ؛ إمَّا لكَوْنِه مَعْذُورًا ، وإمَّا للعَفْوِ عن القِصاصِ ، فإنَّه يَسْقُطُ عنه منها ما قابَلَ حَقَّه على القاتِلِ قِصاصًا ، ويَجبُ عليه الباقِى ، فإن كان الوَلِىُّ عَفَا إلى غيرِ مالٍ ، فالواجبُ لوَرَثَةِ القاتلِ ، ولا شىءَ عليهم ، وإن كان عَفَا إلى الدِّيَةِ ، فالواجبُ لوَرثَةِ القاتلِ ، وعليهم نَصِيبُ العافِى من الدِّيَةِ . وقيل فيه : إنَّ حَقَّ العافِى ، من الدِّيَةِ على القاتلِ . ولا[١٤] يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَقَّ لم يَبْقَ مُتَعَلِّقًا بعَيْنِه ، وإنَّما الدِّيَةُ واجِبَةٌ فى ذِمَّتِه ، فلم تَنْتَقِلْ إلى القاتلِ ، كما لو قَتَلَ غَرِيمَه .

٩/٥٧ظ

فصل : فإن كان القاتلُ هو العافِى ، فعليه القِصاصُ ، سواءٌ عَفَا مُطْلَقًا أو إلى مالٍ . وبهذا قال عِكْرِمَةُ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورُوِىَ عن الحسنِ :

---

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) سقطت الواو من : م .

تُؤْخذ منه الدِّيَةُ ، ولا يُقْتَلُ . وقال عمرُ بن عبد العزيزِ : الحُكْمُ فيه إلى السُّلْطانِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾[15] . قال ابنُ عباسٍ ، وعَطاءٌ ، والحسنُ ، وقتادةُ فى تَفْسِيرِها : أى بعد أَخْذِه الدِّيَةَ . وعن الحسنِ ، عن جابرِ ابن عبدِ الله ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا أُعْفِى مَنْ قَتَلَ بَعْدَ أَخْذِهِ الدِّيَةَ[16] » . ولأنَّه قَتَلَ مَعْصُومًا مُكافِئًا ، فوَجَبَ عليه القِصاصُ ، كما لو لم يَكُنْ قَتَلَ .

فصل : وإذا عَفَا عن القاتِلِ مُطْلَقًا ، صَحَّ ، ولم تَلْزَمْه عُقُوبةٌ . وبهذا قال الشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال مالكٌ ، واللَّيْثُ ، والأَوْزاعىُّ : يُضْرَبُ ، ويُحْبَسُ سَنَةً . ولَنا ، أنَّه إنَّما كان عليه / حَقٌّ واحدٌ ، وقد أسْقَطَه مُسْتَحِقُّه ، فلم يَجِبْ عليه شىءٌ آخَرُ ، كما لو أسْقَطَ الدِّيَةَ عن القاتِلِ خَطأً . ٩/٥٨و

فصل : وإذا وَكَّلَ مَنْ يَسْتَوْفِى القِصاصَ ، صَحَّ تَوْكِيلُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، رَحِمَه الله . فإن وَكَّلَه ، ثم غابَ ، وعَفَا عن القِصاصِ ، واسْتَوْفَى الوكيلُ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان عَفْوُه بعدَ القَتْلِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ حَقَّه قد اسْتُوفِىَ ، وإن كان قَتَلَه وقد عَلِمَ الوَكِيلُ به ، فقد قَتَلَه ظُلْمًا ، فعليه القَوَدُ ، كما لو قَتَلَه ابتداءً . وإن قَتَلَه قبلَ العِلْمِ بعَفْوِ المُوَكِّلِ ، فقال أبو بكر : لا ضَمانَ على الوكيلِ ؛ لأنَّه لا تَفْرِيطَ منه ، فإنَّ العَفْوَ حَصَلَ على وَجْهٍ لا يُمْكِنُ الوَكِيلَ اسْتِدْراكُه ، فلم يَلْزَمْه ضَمانٌ ، كما لو عَفَا بعدَ ما رَمَاه . وهل يَلْزَمُ المُوَكِّلَ الضَّمانُ ؟ فيه قَوْلان ؛ أحدهما ، لا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ عَفْوَه غيرُ صحيحٍ ، لما ذكَرْنا من حُصُولِه فى حالٍ لا يُمْكِنُه اسْتِدْراكُ الفِعْلِ ، فوَقَعَ القَتْلُ مُسْتَحَقًّا له ، فلم يَلْزَمْه[17] ضَمانٌ ، ولأنَّ العَفْوَ إحسانٌ ، فَلا يَقْتَضِى وُجُوبَ الضَّمانِ . والثانى ، عليه الضَّمانُ ؛ لأنَّ قَتْلَ المَعْفُوِّ عنه حَصَلَ بأَمْرِه وتَسْلِيطِه ، على وَجْهٍ لا ذَنْبَ للمُباشِرِ فيه ،

---

(١٥) سورة البقرة ١٧٨ .

(١٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب من قتل بعد أخذ الدية ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢ / ٤٨١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٦٣ .

(١٧) فى الأصل : « يلزم » .

فكان الضَّمانُ على الآمِرِ ، كما لو أَمَرَ عَبْدَه الأعْجَمِيَّ بقَتْلِ مَعْصُومٍ . وقال غيرُ أبي بكرٍ : فى صِحَّةِ العَفْوِ وَجْهان ؛ بِناءً على الرِّوايَتيْنِ فى الوكيلِ ، هل يَنْعَزِلُ بعَزْلِ المُوَكِّلِ أو لا ؟ وللشافعىِّ قَوْلان ، كالوَجْهَيْنِ . فإن قُلْنا : لا يَصِحُّ العَفْوُ . فلا ضَمانَ على أحدٍ ؛ لأنَّه قَتَلَ مَنْ يَجِبُ قَتْلُه بأمْرِ مُسْتَحِقِّه[18] . وإن قُلْنا : يَصِحُّ العَفْوُ . فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّ الوَكِيلَ قَتَلَ مَنْ يَعْتَقِدُ إباحةَ قَتْلِه بسَبَبٍ هو مَعْذُورٌ فيه ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَ فى دارِ الحَرْبِ مَنْ يَعْتَقِدُه حَرْبِيًّا . وتجبُ الدِّيَةُ على الوكيلِ ؛ لأنَّه لو عَلِمَ لَوَجَبَ عليه القِصاصُ ، فإذا لم يَعْلَمْ تعَلَّقَ به الضَّمانُ ، كما لو قَتَلَ مُرْتَدًّا قد أسْلَمَ قبلَ عِلْمِه بإسْلامِه ، ويَرْجِعُ بها على المُوَكِّلِ ؛ لأنَّه غَرَّهُ بتَسْلِيطِه على القَتْلِ وتَفْرِيطِه[19] فى تَرْكِ إعْلامِه بالعَفْوِ ، فيَرْجِعُ عليه ، كالغارِّ فى النِّكاحِ بحُرِّيَّةِ أَمَةٍ ، أو تَزَوُّجِ مَعِيبَةٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَرْجِعَ عليه ؛ لأنَّ العَفْوَ إحسانٌ منه ، فلا يَقْتَضِى الرُّجوعَ عليه . فعلى هذا ، تكونُ الديةُ على عاقِلَةِ الوَكِيلِ . وهذا / اختيارُ أبى الخَطَّابِ ؛ لأنَّ هذا جَرَى مَجْرَى الخَطإِ ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَ فى دارِ الحَرْبِ مُسْلِمًا يَعْتَقِدُه حَرْبِيًّا . وقال القاضى : هو فى مالِ الوَكِيلِ ؛ لأنَّه عن عَمْدٍ مَحْضٍ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لو كان عَمْدًا مَحْضًا لأوْجَبَ القِصاصَ ، ولأنَّه يُشْتَرطُ فى العَمْدِ المَحْضِ أن يكونَ عالِمًا بحالِ المَحَلِّ ، وكَوْنِه مَعْصُومًا ، ولم يُوجَدْ هذا . وإن قال : هو عَمْدُ الخَطَإِ . فعَمْدُ الخطإِ تَحْمِلُه العاقِلَةُ . ذَكَرَه الْخِرَقِىُّ ودَلَّ عليه خَبَرُ المَرْأةِ التى قَتَلَتْ جارَتَها[20] وجَنِينَها بمِسْطَحٍ[21] ، فقَضَى النَّبِىُّ ﷺ بالدِّيَةِ على عاقِلَتِها[22] . واخْتَلَفَ أصحابُ الشافعىِّ[23] على هٰذينِ الوَجْهَيْنِ ، فعلَى قولِ

58/9 ظ

(18) فى ب ، م : « يستحقه » .

(19) فى ب ، م : « بتفريطه » .

(20) فى م : « جاريتها » .

(21) مسطح : عود من أعواد الخباء .

(22) أخرجه النسائى ، فى : باب قتل المرأة بالمرأة ، من كتاب القسامة . المجتبى 8/19 . وابن ماجه ، فى : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه 2/882 . والدارمى ، فى : باب فى دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن الدارمى 2/196 ، 197 . والإمام أحمد ، فى : المسند 1/364 ، 4/80 .

(23) فى الأصل ، ب : « النبى ﷺ » .

القاضِى ، إن كان المُوَكِّلُ عَفَا إلى الدِّيَةِ ، فله الدِّيَةُ فى تَرِكَةِ الجانِى ، ولوَرَثِةِ الجانِى مُطالَبَةُ الوَكِيلِ بدِيَتِهِ ، وليس للمُوَكِّلِ مُطالبةُ الوكيلِ بشىءٍ . فإن قيل : فقد قُلْتُم فيما إذا كان القِصاصُ لأخَوَيْنِ فقَتَلَه أحَدُهما فعليه نِصْفُ الدِّيَةِ ، ولأخيه مُطالَبَتُه به ، فى وَجْهٍ . قُلْنا : ثم أتْلَفَ حَقَّه ، فرَجَعَ ببَدَلِه عليه ، وهٰهُنا أتْلَفَه بعدَ سُقُوطِ حَقِّ المُوَكِّلِ عنه ، فافْتَرَقَا . وإن قُلْنا : إنَّ الوكيلَ يَرْجِعُ على المُوَكِّلِ . احْتَمَلَ أن تَسْقُطَ الدِّيَتانِ ؛ لأنَّه لا فائِدَةَ فى أن يأْخُذَها الورَثةُ من الوكيلِ ، ثم يَدْفَعُونَها إلى المُوَكِّلِ ، ثم يَرُدُّها[٢٤] المُوَكِّلُ إلى الوكيلِ ، فيكونُ تَكْلِيفًا لكلِّ واحِدٍ منهم بغيرِ فائدةٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَجبَ ذلك ؛ لأنَّ الدِّيَةَ الواجبةَ فى ذِمَّةِ الوكيلِ لغيرِ من للوكيلِ[٢٥] الرُّجوعُ عليه ، وإنَّما تَتَساقَطُ الدِّيَتانِ إذا كان لكلِّ واحِدٍ من الغَرِيمَيْنِ على صاحِبه مثلُ ما لَه عليه ، ولأنَّه قد تكونُ الدِّيَتانِ مُخْتلِفتَيْنِ ، بأن يكونَ أحَدُ المَقْتُولَيْنِ رَجُلًا والآخَرُ امرأةً ، فعلى هذا يَأْخُذُ ورَثَةُ الجانِى دِيَتَه من الوكيلِ ، ويَدْفَعُون إلى الموكِّلِ دِيَةَ وَلِيِّه ، ثم يَرُدُّ المُوَكِّلُ إلى الوكيلِ قَدْرَ ما غَرِمَه . وإن أحالَ ورَثةُ الْجانِى[٢٦] المُوَكِّلَ على[٢٦] الوكيلِ[٢٧] بدِيَةِ وليِّهِمْ ، صَحَّ . فإن كان الجانى أقَلَّ دِيَةً ، مثل أن تكونَ امرأةٌ قَتَلَتْ رَجُلًا ، فقَتَلَها الوكيلُ ، فلِوَرَثَتِها إحالةُ المُوَكِّلِ بدِيَتِها ؛ لأنَّه القَدْرُ الواجبُ لهم على الوكيلِ ، فيَسْقُطُ عن الوكيلِ والمُوَكِّلِ جميعًا ، ويَرْجِعُ المُوَكِّلُ على ورَثَتِها بنِصْفِ دِيَةِ وَلِيِّه . / وإن كان الجانِى رَجُلًا قَتَلَ امرأةً ، فقَتَلَه الوكيلُ ، فلِوَرَثِةِ الجانِى إحالةُ المُوَكِّلِ بدِيَةِ المرأةِ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ لا يَسْتَحِقُّ عليهم أكثرَ من دِيَتِها ، ويُطالِبُونَ الوكيل بنِصْفِ دِيَةِ الْجانِى ، ثم يَرْجِعُ به على المُوَكِّلِ .

٥٩/٩و

فصل : وإذا جَنَى على الإنسانِ فيما دُونَ النَّفْسِ جنايةً تُوجِبُ القِصاصَ ، فعَفَا عن القِصاصِ ، ثم سَرَتِ الجنايةُ إلى نَفْسِه ، فمات ، لم يَجِبِ القِصاصُ . وبهذا قال

---

(٢٤) فى ب : « ردها » .

(٢٥) فى ب ، م : « الوكيل » .

(٢٦ - ٢٦) فى ب : « على الموكل » . وسقط : « على » . من : الأصل .

(٢٧) سقط من : ب .

أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّ القِصاصَ واجبٌ ؛ لأنَّ الجِنايةَ صارَتْ نَفْسًا ، ولم يَعْفُ عنها . ولَنا ، أنَّه يتَعذَّرُ استِيفاءُ القِصاصِ فى النَّفْسِ دُونَ ما عَفَا عنه ، فسَقَطَ فى النَّفْسِ ، كما لو عَفَا بعضُ الأوْلياءِ ، ولأنَّ الجِنايةَ إذا لم يكنْ فيها قِصاصٌ مع إمْكانِه ، لم يَجِبْ فى سِرَايتِها ، كما لو قَطَعَ يَدَ مُرْتَدٍّ ثم أسْلَم ثم مات منها ثَمَّ[28] ، يُنْظَرُ[29] ؛ فإن كان عَفَا على مالٍ ، فله الدِّيَةُ كاملةً ، وإن عَفَا على غيرِ مالٍ ، وجَبَتِ الدِّيَةُ إلَّا أرْشَ الجُرْحِ[30] الذى عَفَا عنه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : تجبُ الدِّيَةُ كاملةً ؛ لأنَّ الجِنايةَ صارَتْ نَفْسًا ، وحَقُّه فى النَّفْسِ لا فيما عَفَا عنه ، وإنَّما سَقَطَ القِصاصُ للشُّبْهةِ . وإن قال : عَفَوْتُ عن الجنايةِ . لم يَجِبْ شىءٌ ؛ لأنَّ الجِنايةَ لا تَخْتَصُّ بالقَطْعِ . وقال القاضى ، فيما إذا عَفَا عن القَطْعِ : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يَجِبُ شىءٌ . وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ ؛ لأنَّه قَطْعٌ غيرُ مَضْمُونٍ ، فكذلك سِرَايَتُه . ولَنا ، أنَّها سِرَايةُ جِنايةٍ أوْجَبَتِ الضَّمانَ ، فكانت مَضْمُونةً ، كما لو لم يَعْفُ ، وإنَّما سَقَطَتْ دِيَتُها بعَفْوِه عنها ، فيَخْتَصُّ السُّقُوطُ بما عَفَا عنه دُونَ غيرِه ، والمَعْفُوُّ عنه نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لأنَّ الجِنايةَ أوْجَبَتْ نِصْفَ الدِّيَةِ ، فإذا عَفَا ، سَقَطَ ما وَجَبَ دون ما لم يَجِبْ ، فإذا صارت نَفْسًا ، وجَبَ بالسِّرَايةِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، ولم يَسْقُطْ أرْشُ الجُرْحِ فيما إذا لم يَعْفُ ، وإنَّما تَكَمَّلتِ الدِّيَةُ بالسِّرَايةِ .

فصل : فإن كان الجُرْحُ لا قِصاصَ فيه ، كالجائفةِ ونحوِها ، فعَفَا عن القِصاصِ فيه ، فسَرَى إلى النَّفْسِ ، فلِوَلِيِّه القِصاصُ ؛ لأنَّ القِصاصَ لم يَجِبْ فى الجُرْحِ ، فلم يَصِحَّ العَفْوُ عنه ، وإنَّما وَجَبَ القِصاصُ بعدَ عَفْوِه ، وله[31] العَفْوُ /عن القِصاصِ ، وله كمالُ الدِّيَةِ . وإن عَفَا عن دِيَةِ الجُرْحِ ، صَحَّ ، وله بعدَ السِّرَايةِ دِيَةُ النَّفْسِ إلَّا أرْشَ

٩/٥٩ ظ

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) فى م : « نظرنا » .

(٣٠) فى ب ، م : « الجراح » .

(٣١) فى ب : « وأما » .

الجُرْحِ . ولا يَمْتَنِعُ وُجوبُ القِصاصِ فى النَّفْسِ ، مع أنَّه لا يَجِبُ كَمالُ الدِّيَةِ بالعَفْوِ عنه ، كما لو قَطَعَ يَدًا ، فانْدَمَلَتْ واقْتصَّ منها ، ثم انْتَقَضَتْ وسَرَتْ إلى النَّفْسِ ، فله القِصاصُ فى النَّفْسِ ، وليس له العَفْوُ إلَّا على نِصْفِ الدِّيَةِ . وإن قَطَعَ يَدَه من نِصْفِ السَّاعِدِ ، فعَفَا عن القِصاصِ ، ثم سَرَى ، فعلى قولِ أبى بكرٍ ، لا يَسْقُطُ القِصاصُ فى النَّفْسِ ؛ لأنَّ القِصاصَ لم يَجِبْ ، فهو كالجائِفةِ . ومَنْ جَوَّزَ له القِصاصَ من الكُوعِ ، أسْقَطَ القِصاصَ فى النَّفْسِ ، كما لو كان القَطْعُ من الكُوعِ . وقال المُزَنىُّ : لا يَصِحُّ العَفْوُ عن دِيَةِ الجُرْحِ قبلَ انْدِمالِه ، فلو قَطَعَ يدًا ، فعَفَا عن دِيَتِها وقِصاصِها ، ثم انْدَمَلَتْ ، لم تَسْقُطْ دِيَتُها ، وسَقَطَ قِصاصُها ؛ لأنَّ القِصاصَ قد وَجَبَ فيها ، فصَحَّ العَفْوُ عنه ، بخلافِ الدِّيَةِ . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ دِيَةَ الجُرْحِ إنَّما وجَبَتْ بالجِنايةِ ، إذْ هى السَّبَبُ ، ولهذا لو جَنَى على طَرَفِ عَبْدٍ ثم باعَه قبلَ بُرْئِه[32] ، كان أرْشُ الطَّرَفِ لبائِعِه لا لمُشْتَرِيه ، وتأْخِيرُ المُطالبةِ به لا يَلْزَمُ منه عَدَمُ الوُجوبِ ، وامْتِناعُ صِحَّةِ العَفْوِ ، كالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ لا تُمْلَكُ المُطَالَبَةُ به ، ويَصِحُّ العَفْوُ عنه ، كذا هٰهُنا .

فصل : فإن قَطَعَ يَدَه ، فعَفَا عنه ، ثم عاد الجانى فقَتَلَه ، فلِوَلِيِّه القِصاصُ . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال[33] بعضهُم : لا قِصاصَ ؛ لأنَّ العَفْوَ حَصَلَ عن بَعْضِه ، فلا يُقْتَلُ به ، كما لو سَرَى القَطْعُ إلى نَفْسِه . ولَنا ، أنَّ القَتْلَ انْفَرَدَ عن القَطْعِ ، فعَفْوُه عن القَطْعِ لا يَمْنَعُ ما يَلْزَمُ بالقَتْلِ ، كما لو كان القاطِعُ غيرَه . وإن اختار الدِّيَةَ ، فقال القاضى : إن كان العَفْوُ عن الطَّرَفِ إلى غيرِ دِيَةٍ ، فله بالقَتْلِ نِصْفُ الدِّيَةِ . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ ، ولأنَّ القَتْلَ إذا تَعَقَّبَ الجِنايةَ قبلَ الانْدِمالِ ، كان كالسِّرَايةِ ، ولذلك لو لم يَعْفُ لم يَجِبْ أكثرُ من دِيَةٍ ، والقَطْعُ يَدْخُلُ فى القَتْلِ فى الدِّيَةِ دُونَ القِصاصِ ؛ ولذلك لو أرادَ القِصاصَ كان له أن يَقْطَعَ ثم يَقْتُلَ ، ولو صار الأمرُ إلى الدِّيَةِ لم يَجِبْ إلَّا دِيَةٌ واحدةٌ . وقال أبو الخَطَّابِ : له العَفْوُ إلى دِيَةٍ كاملةٍ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ

---

(٣٢) فى ب ، م : « موته » .

(٣٣) سقطت الواو من : الأصل ، م .

٩/٦٠و

الشافعيّ ؛ لأنَّ القَطْعَ مُنْفَرِدٌ عن / القَتْلِ[٣٤] ، فلم يَدْخُلْ حكمُ أحَدِهما فى الآخَرِ ، كما لو انْدَمَلَ ، ولأنَّ القَتْلَ مُوجِبٌ للقَتْلِ[٣٥] ، فأوْجَبَ الدِّيَةَ كاملةً ، كما لو لم يَتَقَدَّمْه عَفْوٌ . وفارَقَ السِّرايةَ ، فإنَّها لم تُوجِبْ قَتْلًا ، ولأنَّ السِّرايةَ عُفِىَ عن سَبَبِها ، والقَتْلُ لم يُعْفَ عن شىءٍ منه ، ولا عن سَبَبِه ، وسَواءٌ فيما ذكَرْنا كان العافِى عن الجُرْحِ أخَذَ دِيَةَ[٣٦] طَرَفِه أو لم[٣٦] يأْخُذْها .

فصل : وإن قَطَعَ إصْبَعًا ، فعَفَا المَجْنِىُّ عليه عن القِصاصِ ، ثم سَرَتِ الجِنايةُ إلى الكَفِّ ، ثم انْدَمَلَ الجُرْحُ ، لم يَجِب القِصاصُ ؛ لما ذكَرْنا فى النَّفْسِ ، ولأنَّ القِصاصَ سَقَطَ فى الإصْبَعِ بالعَفْوِ ، فصارت اليَدُ ناقِصةً لا تُؤْخَذُ بها الكاملةُ . ثم إن كان العَفْوُ إلى الدِّيَةِ ، وجَبَتْ[٣٧] دِيَةُ اليَدِ[٣٧] كلِّها ، وإن كان على غيرِ مالٍ ، خُرِّجَ فيه من الخِلافِ ما ذكَرْنا فيما إذا قَطَعَ يَدًا فعَفَا المَجْنِى عليه ، ثم سَرَى إلى نَفْسِه . فعلى هذا ، تَجِبُ هٰهُنا دِيَةُ الكَفِّ إلَّا[٣٨] دِيَةَ الإصْبَعِ . ذكَره أبو الخَطَّابِ ، وهو مذهبُ الشافعىِّ . وقال القاضى : ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه[٣٩] لا يَجِبُ شىءٌ . وهو قولُ أبى يوسفَ ومحمدٍ ؛ لأنَّ العَفْوَ عن الجِنايةِ عَفْوٌ عن ما يَحْدُثُ منها[٤٠] ، وقد قال القاضى : إنَّ القِياسَ فيما إذا قَطَعَ اليَدَ ، ثم سَرَى إلى النَّفْسِ ، أن يَجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ، فيَلْزَمُه أن يقولَ مثلَ ذلك هٰهُنا .

فصل : فإن قال : عَفَوْتُ عن الجِنايةِ ، وما يَحْدُثُ منها ، صَحَّ عَفْوُه ، ولم يَكُنْ له فى سِرَايَتِها قِصاصٌ ولا دِيَةٌ فى ظاهرِ[٤١] كلامِ أحمدَ . وسواءٌ عَفَا بلَفْظِ العَفْوِ أو الوصِيَّةِ ،

---

(٣٤) فى ب ، م : « القطع » .

(٣٥) فى ب : « القتل » .

(٣٦-٣٦) فى ب : « طرفها ولم » .

(٣٧-٣٧) فى م : « الدية » .

(٣٨) فى م : « لا » .

(٣٩) فى م : « أن » .

(٤٠) فى ب : « عنها » .

(٤١) سقط من : الأصل ، ب .

وممَّن قال بصِحَّةِ عَفْوِ المَجْرُوحِ عن دَمِه ؛ مالكٌ ، وطاوسٌ ، والحسنُ ، وقَتادةُ ، والأَوْزاعىُّ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إذا قال : عَفَوْتُ عن الجِنايةِ ، وما يَحْدُثُ منها . ففيه قَوْلان ؛ أحدهما[٤٢] ، أنَّه وَصِيَّةٌ ، فيُبْنَى على الوَصِيَّةِ للقاتِلِ ، وفيها[٤٣] قَوْلان ؛ أحدهما ، لا يَصِحُّ ، فتَجِبُ دِيَةُ النَّفْسِ إلَّا دِيَةَ الجُرْحِ . والثانى ، يَصِحُّ ، فإن خَرَجَتْ من الثُّلثِ سَقَطَ ، وإلَّا سَقَطَ منها ما خَرَجَ من الثُّلثِ ، ووَجَبَ الباقى . والقولُ الثانى ، ليس بوَصِيَّةٍ ؛ لأنَّه إسْقاطٌ فى الحَياةِ ، فلا يَصِحُّ ، وتَلْزَمُه دِيَةُ النَّفْسِ إلَّا دِيَةَ الجُرْحِ . ولَنا ، أنَّه أسْقَطَ حَقَّه بعدَ انْعِقادِ سَبَبِه ، فسَقَطَ ، كما لو أسْقَطَ الشُّفْعةَ بعدَ البَيْعِ ، /إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين أن يَخْرُجَ من الثُّلُثِ أو لم يَخْرُجْ ؛ لأنَّ مُوجِبَ العَمْدِ القَوَدُ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ ، أو أحَدُ شَيْئينِ ، فى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، فما تَعَيَّنَتِ الدِّيَةُ ، ولا تَعينَّتِ الوَصِيَّةُ بمالٍ ، ولذلك صَحَّ العَفْوُ من المُفْلِسِ إلى غيرِ مالٍ . وأمَّا جِنايةُ الخَطَأ ، فإذا عَفَا[٤٤] عنها وعمَّا يَحْدُثُ منها ، اعْتُبِرَ خُرُوجُها من الثُّلُثِ ، سواءٌ عَفَا بلَفْظِ العَفْوِ أو الوَصِيَّةِ أو الإبراءِ أو غيرِها ، فإن خَرَجَتْ من الثُّلثِ ، صَحَّ عَفْوُه فى الجميعِ ، وإن لم تَخْرُجْ من الثُّلثِ ، سَقَطَ عنه من دِيَتِها ما احْتَمَلَه الثُّلثُ . وبهذا قال مالكٌ ، والثَّورِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ونحوَه قال عمرُ بن عبد العزيزِ ، والأَوْزاعِىُّ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ هٰهُنا بمالٍ .

٦٠/٩ ظ

فصل : فإن اخْتَلَفَ الجانِى والوَلِىُّ أو المَجْنِىُّ عليه . فقال الجانِى : عَفَوْتَ مُطْلَقًا . وقال المَجْنِىُّ عليه : بل عَفَوْتُ إلى مالٍ . أو قال : عَفَوْتَ عن الجِنايةِ وما يَحْدُثُ منها . قال : بل عَفَوْتُ عنها دون ما يَحْدُثُ منها . فالقولُ قولُ المَجْنِىِّ عليه أو وَلِيِّه إن كان الخِلافُ معه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ العَفْوِ عن الجميعِ ، وقد ثَبَتَ العَفْوُ عن البعضِ بإقْرارِه ، فيكونُ القولُ فى عَدَمِ سِواهُ[٤٥] قولَه .

---

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) فى م : « وفيه » .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) فى م : « سقوطه » .

١٤٥٦ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا اشْتَرَكَ الْجَمَاعَةُ فِى الْقَتْلِ ، فَأَحَبَّ الأَوْلِيَاءُ أَنْ يَقْتُلُوا الْجَمِيعَ ، فَلَهُمْ ذٰلِكَ ، وإنْ أَحَبُّوا أَنْ يَقْتُلُوا الْبَعْضَ ، ويَعْفُوا عَنِ الْبَعْضِ ، ويَأْخُذُوا الدِّيَةَ مِنَ الْبَاقِينَ ، فَلَهُمْ ذٰلِكَ**)

أمَّا قَتْلُهُم للجميعِ ، فقد ذكَرناه فيما مَضَى ، وأمَّا إنْ أحَبُّوا قَتْلَ البعضِ فلهم ذلك ، لأنَّ كلَّ مَنْ لهم قَتْلُه فلهم الْعَفْوُ عنه ، كالمُنْفَرِدِ ، ولا يَسْقُطُ القِصاصُ عن البعضِ بعَفْوِ البعضِ ؛ لأنَّهما شَخْصانِ ، فلا يَسْقُطُ القِصاصُ عن أحَدِهما بإسْقاطِه عن الآخَرِ ، كما لو قَتَلَ كلُّ واحِدٍ رَجُلًا . وأمَّا إذا اختارُوا أخْذَ الدِّيَةِ من القاتِلِ ، أو من بعضِ القَتَلةِ ، فإنَّ لهم هذا من غيرِ رِضَى الجانِى . وبهذا قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وابنُ سِيرِينَ ، والشافعيُّ ، وعَطاءٌ ، ومُجاهِدٌ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابْن المُنْذِرِ . وقال النَّخَعِىُّ ، ومالكٌ ، وأبو حنيفةَ : ليس للأَوْلِياءِ إلَّا القَتْلُ ، إلَّا أن يَصْطَلِحَا على الدِّيَةِ / برِضَى الجانِى . وعن مالكٍ ، روايةٌ أُخْرَى ، كقَوْلِنا . واحْتَجُّوا بقولِه تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ ﴾[1] . والمَكْتُوبُ لا يُتَخَيَّرُ فيه ، ولأنَّه مُتْلَفٌ يَجِبُ به البَدَلُ ، فكان بَدَلُه مُعَيَّنًا ، كسائرِ أبْدالِ المُتْلَفاتِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾[1] . قال ابنُ عباسٍ : كان فى بَنِى إسرائيلَ القِصاصُ ، ولم يَكُنْ فيهم الدِّيَةُ ، فأنْزَلَ اللهُ تعالى هذه الآية : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى الْقَتْلَى ﴾ . الآية ، ﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ ﴾ . فالعَفْوُ أن تُقْبَلَ فى العَمْدِ الدِّيَةُ ﴿ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ يَتْبَعُ الطَّالِبُ بمَعْرُوفٍ[2] ، ويُؤَدِّى إليه المَطْلُوبُ ﴿ بِإِحْسَانٍ ذٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ . ممَّا كتبَ علَى مَنْ قَبْلَكُمْ . رَواه البُخارِىُّ[3] . ورَوَى أبو هُرَيرةَ ، قال : قام رسولُ اللهِ ﷺ ، فقال : « مَنْ قُتِلَ

٩/٦١و

---

(١) سورة البقرة ١٧٨ .

(٢) فى م : « بالمعروف » .

(٣) فى : باب : ﴿ ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٦/٢٨ ، ٢٩ ، ٩/٦ ، ٧ . =

لَهُ[٤] قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ، [٥]إمَّا أن يُودَى ، وإمَّا[٥] يُقَادُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٦] . وروى أبو شُرَيْحٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « ثُمَّ أَنْتُمْ يا خُزَاعَةُ ، قَدْ قَتَلْتُم هٰذَا القَتِيلَ ، وأنَا واللهِ عَاقِلُهُ ، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَه قَتِيلًا فَأَهْلُه بَيْنَ خِيرَتَيْنِ ؛ إنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا ، وَإنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا الدِّيَةَ » . رواه أبو داودَ ، وغيرُه[٧] . ولأنَّ القَتْلَ المَضْمُونَ إذا سَقَطَ فيه القِصاصُ من غيرِ إبْراءٍ ، ثَبَتَ المالُ ، كما لو عَفَا بعضُ الوَرَثَةِ ، ويُخالِفُ سائرَ المُتْلَفاتِ ؛ لأنَّ بَدَلَها يَجِبُ من جِنْسِها ، وهٰهُنا يَجِبُ فى الخَطَأِ وعَمْدِ الخَطَأِ من غيرِ الجِنْسِ ، فإذا رَضِىَ فى العَمْدِ ببَدَلِ الخَطَأِ ، كان له ذلك ؛ لأنَّه أسْقَطَ بعضَ حَقِّه ، ولأنَّ القاتِلَ أمْكَنَه إحْياءُ نَفْسِه ببَذْلِ الدِّيَةِ ، فلَزِمَه . ويَنْتَقِضُ ما ذكَرُوه بما إذا كان رأسُ الشَّاجِّ أصْغَرَ ، أو يَدُ القاطِعِ أنْقَصَ ، فإنَّهم سَلَّمُوا فيهما .

فصل : واخْتلَفتِ الرِّوايةُ فى مُوجَبِ العَمْدِ ، فرُوِىَ عن أحمدَ ، رَحِمه اللهُ ، أنَّ مُوجَبَه القِصاصُ عَيْنًا ؛ لقولِه عليه السلام : « مَنْ قَتَلَ عَمْدًا ، فَهُو قَوَدٌ »[٨] . ولِمَا ذكَرُوه فى دليلِهم . ورُوِىَ أنَّ مُوجَبَه أحدُ شَيْئينِ ؛ القِصاصِ ، أو الدِّيَةِ ؛ لما ذكَرْناه قبلَ هذا ، ولأنَّ الدِّيَةَ أحدُ بَدَلَىِ النَّفْسِ ، فكانت بَدَلًا عنها ، لا عن بَدَلِها ، كالقِصاصِ . وأمَّا الخبرُ ، فالمُرادُ به وُجوبُ القَوَدِ ، ونحنُ نقولُ به ، ويُخالِفُ القَتْلُ سائرَ المُتْلَفاتِ ؛ لأنَّ بَدَلَها / لا يَخْتلِفُ بالقَصْدِ وعَدَمِه ، والقَتْلُ بخِلافِه . وللشافعىِّ قَوْلانِ ، كالرِّوايتَيْنِ . فإذا قُلْنا : مُوجَبُه القِصاصُ عَيْنًا ، فله العَفْوُ إلى الدِّيَةِ ، والعَفْوُ مُطْلَقًا ، فإذا

٦١/٩ظ

= كما أخرجه النسائى ، فى : باب تأويل قوله عز وجل : ﴿ فمن عفى له من أخيه شىء ... ﴾ ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٣/٨ .

(٤) سقط من : ب .

(٥ - ٥) فى الأصل « إما يؤد أو إما » . وفى ب : « إما أن يؤد وإما » .

(٦) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٤٨ .

(٧) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٥١٦ .

(٨) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٥٩ .

عَفَا مُطْلَقًا ، لم يَجِبْ شيءٌ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ ، وقال بعضُهم : تَجِبُ الدِّيَةُ ؛ لئلَّا يُطَلَّ[9] الدَّمُ . وليس بشيءٍ ؛ لأنَّه لو عَفَا عن الدِّيَةِ بعدَ وُجُوبِها ، صَحَّ عَفْوُه ، وإن عَفَا عن القِصاصِ بغيرِ مالٍ ، لم يَجِبْ شىءٌ ، فأمَّا إن عَفَا عن الدِّيَةِ ، لم يَصِحَّ عَفْوُه ؛ لأنَّها لم تَجِبْ . وإن قُلْنا : الواجبُ أحَدُ شَيْئَينِ لا بعَيْنِه . فعَفَا عن القِصاصِ مُطْلَقًا ، أو إلى الدِّيَةِ ، وجَبَتِ الدِّيَةُ ؛ لأنَّ الواجبَ غيرُ مُعَيَّنٍ ، فإذا تَرَكَ أحَدَهما وَجَبَ[10] الآخَرُ ، وإن اختارَ الدِّيَةَ ، سَقَطَ القِصاصُ ، وإن اختار القِصاصَ ، تعَيَّنَ . وهل له بعد ذلك العَفْوُ على الدِّيَةِ ؟ قال القاضى : له ذلك ؛ لأنَّ القِصاصَ أعْلَى ، فكان له الانْتِقالُ إلى الأدْنَى ، ويكونُ بدَلًا عن القِصاصِ ، وليست[11] التى وَجَبَتْ بالقَتْلِ ، كما قُلْنا فى الرِّوايةِ الأُولَى : إنَّ الواجِبَ القِصاصُ عَيْنًا ، وله العَفْوُ إلى الدِّيَةِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه ليس له ذلك ؛ لأنَّه أسْقَطَها باخْتِيارِه القَوَدَ فلم يَعُدْ إليها .

فصل : وإذا جَنَى عَبْدٌ على حُرٍّ جنايةً مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فاشْتَراه المَجْنِىُّ عليه بأرْشِ الجِنايةِ ، سَقَطَ القِصاصُ ؛ لأنَّ عُدُولَه إلى الشِّراءِ[12] اختيارٌ للمالِ ، ولا يَصِحُّ الشِّراءُ ؛ لأنَّهما إن لم يَعْرِفَا قَدْرَ الأرْشِ فالثَّمنُ مَجْهُولٌ ، وإن عَرَفَا عَدَدَ الإبلِ وأسْنانَها فصِفَتُها مَجْهولةٌ ، والجَهْلُ بالصِّفَةِ كالجَهْلِ بالذَّاتِ فى فَسَادِ البَيْعِ ؛ ولذلك لو باعَه شيئًا بِحِمْلِ جَذَعٍ غيرِ مَعْرُوفِ الصِّفَةِ ، لم يَصِحَّ ، وإن قَدَّرَ الأرْشَ بذَهَبٍ أو فِضَّةٍ وباعَه به ، صَحَّ .

فصل :[13] إذا وَجَبَ القِصاصُ لصغيرٍ ، لم يَجُزْ لوَلِيِّه العَفْوُ إلى غيرِ مالٍ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إسْقاطَ حَقِّه . وإن أحَبَّ العَفْوَ إلى مالٍ ، وللصَّبِىِّ كِفايةٌ من غيرِه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ

---

(9) فى الأصل : « يبطل » . وطلّ دمه : هدر .

(10) فى ب : « بقى » .

(11) سقط من : ب .

(12) فى ب زيادة : « فيه » .

(13) فى ب زيادة : « ويصح عفوا » .

فيه تَفْوِيتَ حَقِّه من غيرِ حاجةٍ . فإن كان فقيرًا مُحْتاجًا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لحاجَتِه إلى المالِ لِحِفْظِه . قال القاضي : هذا أصَحُّ . والثاني ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إسْقاطَ قِصاصِه ، /وأمَّا حاجتُه فإنَّ نَفَقَتَه في بيتِ المالِ . والصَّحيحُ الأوَّلُ ؛ فإنَّ وُجُوبَ النَّفَقةِ في بيتِ المالِ لا يُغْنِيه إذا لم يَحْصُلْ ، فأمَّا إن كان مُسْتَحِقُّ القِصاصِ مَجْنُونًا فقيرًا ، فلِوَلِيِّه العَفْوُ على المالِ ؛ لأنَّه ليست حالةً معتادةً يُنْتَظَرُ فيها إفاقَتُه(١٤) .

٩/٦٢و

فصل : ويَصِحُّ عَفْوُ المُفْلِسِ والمَحْجُورِ عليه لسَفَهٍ عن القِصاصِ ؛ لأنَّه ليس بمالٍ . وإن أراد المُفْلِسُ القِصاصَ ، لم يكُنْ لغُرَمائِه إجْبارُه على تَرْكِه . وإن أحَبَّ العَفْوَ عنه إلى مالٍ ، فله ذلك ؛ لأنَّ فيه حَظًّا للغُرَماءِ . وإنْ أراد العَفْوَ على غيرِ(١٥) مالٍ ، انْبَنَى على الرِّوايَتَيْنِ ؛ إن قُلْنا : الواجِبُ القِصاصُ . فله ذلك ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ له مالٌ يتعَلَّقُ به حَقُّ الغُرَماءِ . وإن قُلْنا : الواجبُ أحَدُ شَيْئَيْنِ . لم يَمْلِكْ ؛ لأنَّ المالَ يَجِبُ بقَوْلِه : عَفَوْتُ عن القِصاصِ . فقَوْلُه: على غيرِ مالٍ . إسْقاطٌ له بعدَ وُجُوبِه وتَعْيِينِه ، ولا يَمْلِكُ ذلك . وهكذا الحكمُ في السَّفِيهِ ووارِثِ المُفْلِسِ . وإن عَفَا المَرِيضُ على غيرِ مالٍ ، فذكَرَ القاضِي في موضعٍ ، أنَّه يَصِحُّ ، سواءٌ خَرَجَ من الثُّلثِ أو لم يَخْرُجْ . وذكر أنَّ أحمدَ نَصَّ على هذا . وقال في مَوْضعٍ : يُعْتَبَرُ خُرُوجُه من ثُلثِه ، ولعلَّه يَنْبَنِي على الرِّوايتَيْنِ في مُوجَبِ العَمْدِ ، على ما مَضَى .

فصل : وإذا قُتِلَ مَنْ لا وارِثَ له ، فالأمرُ إلى السُّلطانِ ؛ فإن أحَبَّ القِصاصَ فله ذلك ، وإن أحَبَّ العَفْوَ على مالٍ فله ذلك ، وإن أحَبَّ العَفْوَ إلى غيرِ مالٍ لم يَمْلِكْه ؛ لأنَّ ذلك للمسلمينَ ، ولا حَظَّ لهم في هذا . وهذا قولُ أصْحابِ الرَّأْيِ ، إلَّا أنَّهم لا يَرَوْنَ العَفْوَ على مالٍ إلَّا برِضَى الجاني .

فصل: وإذا اشْتَرَكَ الجماعةُ في القَتْلِ، فعَفَا عنهم إلى الدِّيَة، فعليهم دِيَةٌ واحدةٌ، وإن

---

(١٤) سقط من : ب . وفي م : « رجوع عقله » .

(١٥) سقط من : م .

عَفَا عن بعضِهِم ، فعلى المَعْفُوِّ عنه قِسْطُه[16] من الدِّيَةِ ؛ لأنَّ الدِّيَةَ بَدَلُ المَحَلِّ ، وهو واحدٌ ، فتكونُ دِيَتُه واحدةً ، سواءٌ أتْلَفَه واحدٌ أو جماعةٌ . وقال ابنُ أبي مُوسَى : فيه روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ على كلِّ واحدٍ دِيَةً كاملةً ؛ لأنَّ له قَتْلَ كلِّ واحدٍ منهم ، فكان على كلِّ واحدٍ منهم دِيةُ نَفْسٍ كاملةٍ ، كما لو قَلَعَ الأَعْوَرُ عينَ صحيحٍ ، فإنَّه تَجِبُ عليه دِيةُ عَيْنِه ، وهو دِيَةٌ كاملةٌ . والصَّحيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الواجِبَ بَدَلُ المُتْلَفِ ، فلا يخْتلِفُ باخْتلافِ[17] المُتْلَفِ ، ولذلك لو قَتَلَ عَبْدٌ قِيمتُه ألْفانِ حُرًّا ، لم يَمْلِكِ العَفْوَ على أكْثَرَ من الدِّيَةِ ، وأمَّا / القِصاصُ ، فإنَّه عُقُوبةٌ على الفِعْلِ ، فيتَعَدَّدُ بتَعَدُّدِه . ٩/٦٢ظ

١٤٥٧ – مسألة ؛ قال : (وإذَا[1] قُتِلَ مَنْ لِلْأَوْلِيَاءِ أنْ [2]يُقِيدُوا بِهِ[2] ، فَبَذَلَ الْقَاتِلُ أكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ عَلَى أنْ لَا يُقَادَ ، فَلِلْأَوْلِيَاءِ قَبُولُ ذٰلِكَ)

وجملتُه أنَّ مَن له القِصاصُ ، له أن يُصالِحَ عنه بأكْثَرَ من الدِّيَةِ ، وبقَدْرِها وأقَلَّ منها ، لا أعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لما رَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيهِ ، عن جَدِّه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : «مَنْ قَتَلَ عَمْدًا دُفِعَ إلَى أَوْلِيَاءِ المَقْتُولِ ؛ فَإنْ شَاءُوا قَتَلُوا ، وإنْ شَاءُوا أخَذُوا الدِّيَةَ ، ثَلَاثِينَ حِقَّةً ، وثَلَاثِينَ جَذَعَةً ، وأرْبَعِينَ خَلِفَةً[3] ، وَمَا صَالَحُوا[4] عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُم» . وذلك لتَشْدِيدِ الْعَقْلِ[5] . رواه التِّرْمِذِيُّ[6] ، وقال : حديثٌ حسنٌ غريبٌ ، ورَوَيْنا أنَّ هُدْبَةَ ابن خَشْرَمٍ قَتَلَ قَتِيلًا ، فبَذَلَ سعيدُ بن العاصِ والحسنُ والحسينُ لابنِ المَقْتُولِ سَبْعَ

---

(١٦) في ب : « بقسطه » .

(١٧) سقط من : ب ، م .

(١) في م : « وإن » .

(٢ – ٢) في ب : « يقيدونه » .

(٣) الخلفة : الحامل .

(٤) في النسخ : « صولحوا » . والمثبت من مصادر التخريج .

(٥) في النسخ : « القتل » .

(٦) في : باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل ، من كتاب الديات . وفي : باب ما جاء سباب المؤمن فسوق ، من كتاب الإيمان . عارضة الأحوذي ١٥٩/٦ ، ١٦٠ ، ١٠٢/١٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من قتل عمدا فرضوا بالدية من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٣/٢ .

دِياتٍ ، لِيَعْفُوَ عنه ، فأَبى ذلك ، وقَتَلَه[٧] . ولأنَّه عِوَضٌ عن غيرِ مالٍ ، فجاز الصُّلْحُ عنه بما اتَّفَقُوا عليه ، كالصَّداقِ ، وعِوَضِ الخُلْعِ ، ولأنَّه صلحٌ عمَّا لا يَجْرِى فيه الرِّبَا ، فأَشْبَهَ الصُّلْحَ عن العُرُوضِ .

١٤٥٨ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَمْسَكَ رَجُلًا وقَتَلَه آخرُ ، قُتِلَ الْقَاتِلُ ، وحُبِسَ الْمَاسِكُ حَتَّى يَمُوتَ)

يقال : أَمْسَكَ ومَسَكَ ومَسَّكَ . وقد جَمَعَ الخِرَقِىُّ بين اللُّغَتَيْنِ ، فقال : إذا أَمْسَكَ ، وحُبِس الماسِك . وهو اسمُ الفاعلِ من مَسَكَ مُخَفَّفًا . ولا خِلافَ فى أنَّ القاتِلَ يُقْتَلُ ؛ لأنَّه قتَلَ مَن يُكافِئُه عَمْدًا بغيرِ حَقٍّ ، وأَمَّا المُمْسِكُ ، فإنْ لم يَعْلَمْ أنَّ القاتِلَ يَقْتُلُه ، فلا شىءَ عليه ؛ لأنَّه مُتَسبِّبٌ ، والقاتلُ مباشرٌ ، فيسْقُطُ[١] حكمُ المُتَسبِّبِ به . وإن أَمْسَكَه له لِيَقْتُلَه ، مثل أن ضَبَطَه له حتى ذَبَحَه[٢] . فاخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ فيه عن أحمدَ ؛ فرُوِىَ عنه أنَّه يُحْبَسُ حتى يَمُوتَ . وهذا قولُ عَطاءٍ ، ورَبِيعةَ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه يُقْتَلُ أيضًا . وهو قولُ مالكٍ . قال سليمانُ بن[٣] موسَى : الاجتماعُ فينا أن يُقْتَلَا[٤] ؛ لأنَّه لو لم يُمْسِكْه ، ما قَدَرَ على قَتْلِه ، وبإمْساكِه تمَكَّنَ من قَتْلِه ، فالقَتْلُ حاصِلٌ بفِعْلِهما ، فيكونان شَرِيكَيْنِ / فيه ، فيَجِبُ عليهما القِصاصُ ، كما لو جَرَحاه . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُعاقَبُ ، ويَأْثَمُ ، ولا يُقْتَلُ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « إنَّ أَعْتَى النَّاسِ عَلَى اللهِ ، مَنْ قَتَلَ غَيْرَ قَاتِلِهِ »[٥] . والمُمْسِكُ غيرُ قاتِلٍ ، ولأنَّ الإمْساكَ سَبَبٌ غيرُ مُلْجِئٍ ، فإذا اجْتَمَعَتْ معه المُباشَرَةُ ،

٦٣/٩ و

(٧) تقدم فى صفحة ٥٧٨ .

(١) فى م : « فسقط » .

(٢) فى م زيادة : « له » .

(٣) فى م زيادة : « أبى » . وتقدم .

(٤) فى م : « يقتل » .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٨٧ ، ٤/٣٢ .

كان الضَّمانُ على المُباشِرِ ، كما لو لم يَعْلَم المُمْسِكُ أنَّه يَقْتُلُه . ولَنا ، ما رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ[٦] ، بإسنادِه عن ابنِ عمرَ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إذا أمْسَكَ الرَّجُلَ ، وقَتَلَه الآخَرُ ، يُقْتَلُ الَّذى قَتَلَ ، ويُحْبَسُ الَّذِى أمْسَكَ » . ولأنَّه حَبَسَه إلى المَوْتِ ، فيُحْبَسُ الآخَرُ إلى المَوْتِ ، كما لو حَبَسَه عن الطَّعامِ والشَّرابِ حتى ماتَ ، فإنَّنا نَفْعَلُ به ذلك حتى يَمُوتَ .

فصل : وإن اتَّبَعَ رَجُلًا ليَقْتُلَه ، فهَرَبَ منه ، فأدْرَكه آخَرُ ، فقَطَعَ رِجْلَه ، ثم أدْرَكه الثانى فقَتَلَه ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان قَصْدُ الأوَّلِ حَبْسَه بالقَطْعِ لِيَقْتُلَه الثانى ، فعليه القِصاصُ فى القَطْعِ ، وحُكْمُه فى القِصاصِ فى النَّفْسِ حُكْمُ المُمْسِكِ ؛ لأنَّه حَبَسَه على القَتْلِ ، وإن لم يَقْصِدْ حَبْسَه ، فعليه القَطْعُ دُونَ القَتْلِ ، كالذى أمْسَكَه غيرَ عالِمٍ . وفيه وجهٌ آخَرُ ، ليس عليه إلَّا القَطْعُ بكلِّ حالٍ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه الحابسُ له بفِعْلِه ، فأشْبَهَ الحابِسَ بإمْساكِه . فإن قيل : فلِمَ اعْتَبَرْتُمْ قَصْدَ الإمْساكِ هٰهُنا ، وأنتم لا تَعْتَبِرُونَ إرادةَ القَتْلِ فى الجارحِ ؟ قُلْنا : إذا ماتَ من الجُرْحِ ، فقد ماتَ من سِرَايَتِه وأثَرِه ، فنَعْتَبِرُ قَصْدَ الجُرْحِ الذى هو السَّبَبُ دُونَ قَصْدِ الأثَرِ ، وفى مسألَتِنا إنَّما كان مَوْتُه بأمْرٍ غيرِ السِّرَايةِ ، والفِعْلُ مُمَكِّنٌ له عليه[٧] ، فاعْتُبِرَ قَصْدُه لذلك الفِعْلِ ، كما لو أمْسَكَه .

١٤٥٩ – مسألة ؛ قال : (ومَنْ أمَرَ عَبْدَهُ أنْ يَقْتُلَ رَجُلًا ، وكَانَ العَبْدُ أعْجَمِيًّا ، لا يَعْلَمُ أنَّ القَتْلَ مُحَرَّمٌ ، قُتِلَ السَّيِّدُ ، وإنْ كَانَ يَعْلَمُ خَطَرَ القَتْلِ ، قُتِلَ العَبْدُ ، وأُدِّبَ السَّيِّدُ)

إنَّما ذَكَرَ الْخِرَقِىُّ[١] كَوْنَه أعْجَمِيًّا ، وهو الذى لا يُفْصِحُ ، لِيَتَحَقَّقَ منه الجَهْلُ ، وإنَّما يكون الجَهْلُ[١] فى حَقِّ من نَشَأَ فى غيرِ بلادِ الإسْلامِ ، فأمَّا مَن أقامَ فى بلادِ الإسلامِ

---

(٦) فى : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطنى ٣/١٤٠ .

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

٦٣/٩ظ بين أَهْلِهِ / ، فلا يَخْفَى عليه تَحْرِيمُ القَتْلِ ، ولا يُعْذَرُ فى فِعْلِه ، ومتى كان العبدُ يَعْلَمُ تَحْرِيمَ القَتْلِ ، فالقِصاصُ عليه ، ويُؤَدَّبُ سَيِّدُه ؛ لأَمْرِه بما أَفْضَى إلى القَتْلِ ، بما يَرَاه الإمامُ من الحَبْسِ والتَّعْزِيرِ . وإن كان غيرَ عالِمٍ بخَطَرِه ، فالقِصاصُ على سَيِّدِه ، ويُؤَدَّبُ العَبْدُ . قال أحمدُ : يُضْرَبُ ويُؤَدَّبُ . ونَقَلَ عنه أبو طالبٍ ، قال : يُقْتَلُ المَوْلَى[٢] ، ويُحْبَسُ العَبْدُ حتى يَمُوتَ ؛ لأَنَّ العَبْدَ سَوْطُ المَوْلَى وسَيْفُه . كذا قال علىٌّ ، وأبو هُرَيرةَ . وقال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : يُسْتَوْدَعُ السِّجْنَ . وممَّن قال بهذه الجملةِ الشافعىُّ . ومِمَّنْ قال : إنَّ السَّيِّدَ يُقْتَلُ ؛ عَلِىٌّ ، وأبو هُرَيْرةَ . وقال قَتادةُ : يُقْتَلانِ جميعًا . وقال سليمانُ بن مُوسَى : لا يُقْتَلُ الآمِرُ ، ولكنْ يَدِيهِ ، ويُعاقَبُ ويُحْبَسُ ؛ لأنَّه لم يُباشِرِ القَتْلَ ، ولا أَلْجأَ إليه ، فلم يَجِبْ عليه قِصاصٌ ، كما لو عَلِمَ العَبْدُ خَطَرَ القَتْلِ . ولَنا ، أن العَبْدَ إذا كان غيرَ عالِمٍ بخَطَرِ القَتْلِ ، فهو مُعْتَقِدٌ إباحَتَه ، وذلك شُبْهةٌ تَمْنَعُ القِصاصَ ، كما لو اعْتَقَده صَيْدًا فرَماه ، فبان إنْسانًا ، ولأَنَّ حِكْمةَ القِصاصِ الرَّدْعُ والزَّجْرُ ، ولا يَحْصُلُ ذلك فى مُعْتَقِدِ الإباحةِ ، وإذا لم يَجِبْ عليه ، وَجَبَ على السَّيِّدِ ، لأنَّه آلةٌ له ، لا يُمْكِنُ إيجابُ القِصاصِ عليه ، فوَجَبَ على المُتَسَبِّبِ به ، كما لو أَنْهَشَه حَيَّةً أو كَلْبًا ، أو أَلْقاه فى زُبْيَةِ أسَدٍ فأَكَلَه . ويُفارِقُ هذا ما إذا عَلِمَ خَطَرَ القَتْلِ ، فإنَّ القِصاصَ على العَبْدِ ؛ لإِمْكانِ إيجابِه عليه ، وهو مباشِرٌ له ، فانْقَطَعَ حُكْمُ الآمِرِ ، كالدافعِ مع الحافرِ ، ويكونُ على السَّيِّدِ الأدَبُ ؛ لِتَعَدِّيه بالتَّسَبُّبِ إلى القَتْلِ .

فصل : ولو أَمَرَ صَبِيًّا لا يُمَيِّزُ ، أو مَجْنُونًا ، أو أَعْجَمِيًّا لا يعلمُ خَطَرَ القَتْلِ ، فقَتَلَ ، فالحُكْمُ فيه [٣] كالحكمِ فى العَبْدِ [٣] ، يُقْتَلُ الآمِرُ دُونَ المُباشِرِ . ولو أَمَرَه بزِنًى ، أو سَرِقةٍ ، لم يَجِبِ الحَدُّ على الآمِرِ ؛ لأَنَّ الحَدَّ لا يَجِبُ إلَّا على المُباشِرِ ، والقِصاصُ يجبُ بالتَّسَبُّبِ ، ولذلك وجَبَ على المُكْرَهِ والشُّهُودِ فى القِصاصِ .

فصل : ولو أَمَرَ السُّلْطانُ رَجُلًا ، فقَتَلَ آخَرَ ، فإن كان القاتِلُ يعلمُ أنَّه

(٢) فى ب ، م : « الولى » .

(٣ - ٣) بياض فى : ب .

لا يَسْتَحقُّ قَتْلَه ، فالقِصاصُ عليه دُونَ الآمِرِ ؛ لأنَّه غيرُ مَعْذُورٍ فى فِعْلِه ، فإنَّ النَّبىَّ ﷺ / قال : « لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فى مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ »[٤] . وعنه عليه السلامُ أنَّه قال : « مَنْ أمَرَكُمْ مِنَ الْوُلَاةِ بِغَيْرِ طَاعَةِ اللهِ تَعَالَى ، فَلَا تُطِيعُوهُ »[٥] . فلَزِمَه القِصاصُ ، كما لو أمَرَه غيرُ السلطانِ . وإن لم يَعْلَمْ ذلك ، فالقِصاصُ على الآمِرِ دُوَنَ المَأْمورِ ؛ لأنَّ المأمورَ مَعْذُورٌ ، لوُجُوبِ طاعةِ الإمامِ فيما ليس بمَعْصِيَةٍ ، والظَّاهِرُ أنَّه لا يَأْمُرُ إلَّا بالحَقِّ . وإن أمَرَه غيرُ السلطانِ من الرَّعِيَّةِ بالقَتْلِ ، فقَتَلَ ، فالْقَوَدُ على المأمورِ بكلِّ حالٍ ، عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه طاعَتُه ، وليس له القَتْلُ بحالٍ ، بخلافِ السلطانِ ، فإنَّ إليه القَتْلَ للرِّدَّة ، والزِّنَى ، وقَطْعِ الطريقِ إذا قَتَلَ القاطِعُ ، ويَسْتَوْفِى القِصاصَ للناسِ ، وهذا ليس إليه شىءٌ من ذلك . وإن أكْرَهَه السُّلطانُ على قَتْلِ أحدٍ ، أو جَلْدِه بغير حَقٍّ ، فماتَ ، فالقِصاصُ عليهما . وإن وجَبَتِ الدِّيَةُ ، كانت عليهما . فإن كان الإمامُ يَعْتَقِدُ جوازَ القَتْلِ دُوَنَ المأمورِ ، كمُسْلِمٍ قتل ذِمِّيًّا ، أو حُرٍّ قَتَلَ عَبْدًا ، فقَتَلَه ، فقال القاضى : الضَّمانُ عليه دُونَ الإمامِ ؛ لأنَّ الإمامَ أمَرَه بما أدَّى اجْتِهادُه إليه ، والمأمورُ لا يَعْتَقِدُ جوازَه ، فلم يكُنْ له أن يَقْبَلَ أمْرَه ، فإذا قتَلَه ، لَزِمَه الضَّمانُ ؛ لأنَّه قَتَلَ مَنْ لا يَحِلُّ له قَتْلُه . ويَنْبَغِى أن يُفَرَّقَ بين الْعَامِّىِّ والمُجْتَهِدِ ؛ فإن كان مُجْتَهِدًا ، فالحكمُ فيه على ما ذَكَره القاضِى ، وإن كان مُقَلِّدًا ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ له تَقْلِيدَ الإمامِ فيما رَآه . وإن كان الإمامُ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَه ، والقاتلُ يعْتقِدُ حِلَّه ، فالضَّمانُ على الآمِرِ ، كما لو أمَرَ السَّيِّدُ الذى لا يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ القَتْلِ به . واللهُ أعلم .

٩/٦٤و

---

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ٤٣٣/٥ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا طاعة فى معصية الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٥٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦٧/٣ .



فهرس
الجزء الحادى عشر

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء الحادى عشر

ويليه الجزء الثانى عشر ، وأوله :

كتاب الديات

والْحَمْدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ